

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS*

PARECER CONSULTIVO OC-21/14

DIREITOS E GARANTIAS DE CRIANÇAS NO CONTEXTO DA MIGRAÇÃO E/OU EM NECESSIDADE DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL

RESUMO OFICIAL EMITIDO PELA CORTE INTERAMERICANA DO PARECER CONSULTIVO DE 19 DE AGOSTO DE 2014 SOLICITADO PELA REPÚBLICA ARGENTINA, REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, REPÚBLICA DO PARAGUAI E REPÚBLICA ORIENTAL DO URUGUAI**

Em 7 de julho de 2011, a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai, os quais doravante serão denominados em conjunto como “os Estados solicitantes”, com fundamento no artigo 64.1 da Convenção Americana e de acordo com o estabelecido no artigo 70.1 e 70.2 do Regulamento, apresentaram um pedido de Parecer Consultivo sobre infância migrante a fim de que o Tribunal “determin[e] com maior precisão quais são as obrigações dos Estados com relação às medidas passíveis de serem adotadas a respeito de meninos e meninas, associadas à sua condição migratória, ou à de seus pais, à luz da interpretação autorizada dos artigos 1.1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 11, 17, 19, 22.7, 22.8, 25 e 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e dos artigos 1, 6, 8, 25 e 27 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e do artigo 13 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura”.

Os Estados solicitantes apresentaram à Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante “a Corte Interamericana”, “a Corte” ou “o Tribunal”) as seguintes consultas específicas:

[1.] Quais são, à luz dos artigos 1, 2, 5, 7, 8, 19, 22.7, e 25 da Convenção Americana e dos artigos 1, 25 e 27 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, os procedimentos que deveriam [ser adotados] a fim de identificar os diferentes riscos para os direitos de meninos e meninas migrantes; determinar as necessidades de proteção internacional; e adotar, se for o caso, as medidas de proteção especial que se requeiram?

* Integrada pelos seguintes Juízes: Humberto Antonio Sierra Porto, Presidente; Roberto F. Caldas, Vice-Presidente; Manuel E. Ventura Robles, Juiz; Diego García-Sayán, Juiz; Eduardo Vio Grossi, Juiz; e Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Juiz. Presentes, ademais, Pablo Saavedra Alessandri, Secretário, e Emilia Segares Rodríguez, Secretária Adjunta. Por motivos de força maior, o Juiz Alberto Pérez Pérez não participou da deliberação e assinatura deste Parecer Consultivo.

** A redação deste resumo é de exclusiva responsabilidade da Secretaria da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

[2.] Quais são, à luz dos artigos 1, 2, 7, 8, 19 e 25 da Convenção Americana e do artigo 25 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, as garantias do devido processo que deveriam reger os processos migratórios que envolvem meninos e meninas migrantes?

[3.] Como se deve interpretar, à luz dos artigos 1, 7, 8, 19 e 29 da Convenção Americana e do artigo 25 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, o princípio de *ultima ratio* da detenção como medida cautelar no âmbito de procedimento migratório quando estão envolvidos meninos e meninas que se encontram junto a seus pais, e quando estão envolvidos meninos/as não acompanhados ou separados de seus pais?

[4.] Que características devem ter, à luz dos artigos 2, 7, 19, 25 e 29 da Convenção Americana e do artigo 25 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, as medidas alternativas adequadas de proteção de direitos da criança que deveriam constituir a resposta estatal prioritária para evitar qualquer tipo de restrição à liberdade ambulatoria? Quais são as garantias do devido processo que deveriam aplicar-se no procedimento de decisão sobre medidas alternativas à detenção?

[5.] Quais são as condições básicas que deveriam cumprir os espaços de alojamento de meninos/as migrantes, e quais são as obrigações principais que têm os Estados a respeito dos meninos e meninas (sós ou acompanhados) que se encontram sob a custódia estatal por razões migratórias, à luz dos artigos 1, 2, 4.1, 5, 17 e 19 da Convenção Americana e dos artigos 1 e 25 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem?

[6.] Quais são, à luz dos artigos 1, 2, 7, 8, 19 e 25 da Convenção Americana e do artigo 25 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, as garantias do devido processo que deverão reger os processos migratórios que envolvem a meninos e meninas, quando nestes processos se apliquem medidas que restrinjam a liberdade pessoal das crianças?

[7.] Qual é o alcance e conteúdo do princípio de não devolução à luz dos artigos 1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 19, 22.7, 22.8 e 25 da Convenção Americana, artigo 13 inciso 4 da Convenção Interamericana para [Prevenir] e Punir a Tortura, e dos artigos 1, 25 e 27 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, ao adotar-se medidas que possam implicar [n]o retorno de um menino/a a um país determinado?

[8.] Que características, à luz do artigo 22.7 da Convenção Americana e [d]o artigo 27 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, deveriam ter os procedimentos a serem empregados quando se identifica um potencial pedido de asilo ou de reconhecimento da condição de refugiado de um menino/a migrante?

[9.] Qual é o alcance que se deveria conferir à proteção do direito dos meninos/as de não serem separados de seus pais nos casos em que poderia aplicar-se uma medida de deportação a um ou ambos os progenitores, como consequência de sua condição migratória, à luz dos artigos 8, 17, 19 e 25 da Convenção Americana e artigos 6 e 25 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem?

De acordo com o requerido pelos Estados solicitantes, em 19 de agosto de 2014 a Corte Interamericana emitiu o presente Parecer Consultivo, intitulado "Direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional", no qual determinou, com a maior precisão possível e em conformidade com as normas citadas anteriormente, as obrigações estatais a respeito de crianças, associadas à sua condição migratória ou à de seus pais, e que os Estados devem, em consequência, considerar ao elaborar, adotar, implementar e aplicar suas políticas migratórias, incluindo nelas, conforme corresponda, tanto a adoção ou aplicação das correspondentes normas de direito interno como a assinatura ou aplicação dos tratados e/ou outros instrumentos internacionais pertinentes.

A Corte entende que sua resposta à consulta proposta terá uma utilidade concreta dentro de uma realidade regional na qual aspectos das obrigações estatais quanto à infância migrante não foram estabelecidos de forma clara e sistemática, a partir da interpretação das normas relevantes. Esta utilidade se demonstra pelo grande interesse manifestado por todos os participantes ao longo do procedimento consultivo.

Considerações gerais

As crianças se deslocam internacionalmente por várias razões: em busca de oportunidades, seja por razões econômicas ou educacionais; com fins de reunificação familiar, a fim de reagrupar-se com familiares que já migraram; por mudanças repentinas ou progressivas do meio ambiente que afetam adversamente sua vida ou suas condições de vida; por danos derivados do crime organizado, desastres naturais, abuso familiar ou extrema pobreza; para serem transportados no contexto de uma situação de exploração, incluindo o tráfico infantil; para fugir de seu país, seja por temor fundado de ser perseguido por determinados motivos ou porque sua vida, segurança ou liberdade foram ameaçadas pela violência generalizada, agressão estrangeira, conflitos internos, violação massiva dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública. Apesar de as crianças geralmente se trasladarem com seus pais, membros da família ampliada ou outros adultos, atualmente um número crescente e significativo migra de forma independente e sem companhia.

A migração internacional é um fenômeno complexo que pode envolver dois ou mais Estados, entre países de origem, de trânsito e de destino, tanto de migrantes como de solicitantes de asilo e refugiados. Neste contexto e, em particular, no dos fluxos migratórios mistos que implicam em movimentos populacionais de caráter diverso, as causas e características do traslado feito por crianças por ar, mar ou terra a países distintos aos de sua nacionalidade ou residência habitual podem incluir tanto pessoas que requerem uma proteção internacional, como outras que se mudam em busca de melhores oportunidades por diversos motivos, os quais podem alterar-se no próprio transcurso do processo migratório. Isso faz com que as necessidades e requerimentos de proteção possam variar amplamente.

Entende-se por proteção internacional aquela oferecida por um Estado a uma pessoa estrangeira porque seus direitos humanos estão ameaçados ou violados em seu país de nacionalidade ou residência habitual, e no qual não pôde obter a proteção devida por não ser acessível, disponível e/ou efetiva. Apesar de a proteção internacional do Estado de acolhida encontrar-se ligada inicialmente à condição ou *status* de refugiado, as diversas fontes do Direito Internacional -e em particular do Direito dos Refugiados, do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário-, revelam que esta noção abarca também outro tipo de marcos normativos de proteção. Deste modo, a expressão proteção internacional compreende: (a) a proteção recebida pelas pessoas solicitantes de asilo e refugiadas com fundamento nos convênios internacionais ou nas legislações internas; (b) a proteção recebida pelas pessoas solicitantes de asilo e refugiadas com fundamento na definição ampliada da Declaração de Cartagena; (c) a proteção recebida por qualquer estrangeiro com base nas obrigações internacionais de direitos humanos e, em particular, o princípio de não devolução e a denominada proteção complementar ou outras formas de proteção humanitária, e (d) a proteção recebida pelas pessoas apátridas de acordo com os instrumentos internacionais sobre a matéria.

Somente é possível assegurar a proteção internacional, de acordo com os compromissos internacionais derivados do Direito Internacional dos Direitos Humanos, do Direito Internacional Humanitário e do Direito dos Refugiados, admitindo um potencial solicitante de asilo em um país seguro, garantindo o direito de buscar e receber asilo e o respeito ao princípio de não devolução, entre outros direitos, até alcançar uma solução duradoura.

De acordo com este panorama, este Tribunal insistiu em sua jurisprudência consultiva e contenciosa no fato de que, no exercício de sua faculdade de definir políticas migratórias, os Estados podem estabelecer mecanismos de controle de ingresso e saída do seu território em relação a pessoas que não sejam seus nacionais, sempre que estas políticas sejam compatíveis com as normas de proteção dos direitos humanos estabelecidas na Convenção Americana. Com efeito, ainda que os Estados possuam um âmbito de discricionariedade ao determinar suas políticas migratórias, os objetivos perseguidos pelas mesmas devem respeitar os direitos humanos das pessoas migrantes. Isso não significa que não se possa iniciar ação alguma contra as pessoas migrantes que não cumpram o ordenamento jurídico estatal, mas que, ao adotar as medidas que correspondam, os Estados devem respeitar seus direitos humanos e garantir seu exercício e gozo a toda pessoa que se encontre sob sua jurisdição, sem nenhuma discriminação. Ademais, os Estados devem respeitar as obrigações internacionais conexas resultantes dos instrumentos internacionais do Direito Humanitário e do Direito dos Refugiados.

Obrigações gerais e princípios reitores

A modo de introdução, a Corte se referiu a três disposições da Convenção Americana que inspiram todo o desenvolvimento deste Parecer Consultivo. Uma é o disposto em seu artigo 1.1, na medida em que estabelece o dever estatal de respeito e garantia dos direitos humanos a respeito de “toda pessoa que esteja sujeita à [...] jurisdição” do Estado em questão, isto é, que se encontre em seu território ou que de qualquer forma seja submetida à sua autoridade, responsabilidade ou controle, neste caso, ao tentar ingressar no mesmo, e isso sem discriminação alguma por qualquer motivo estipulado na norma citada. Isso implica, então, que o motivo, causa ou razão pela qual a pessoa se encontre no território do Estado não possui nenhuma relevância para efeitos da sua obrigação de respeitar e fazer com que sejam respeitados seus direitos humanos. Em particular, não possui nenhuma importância, a este respeito, se o ingresso da pessoa no território estatal foi conforme ou não o disposto na legislação estatal.

Ainda que a Corte considerou adequado não adentrar nas obrigações do Estado de origem da criança migrante, é pertinente recordar que estes devem observar as obrigações gerais referentes à matéria e, em particular, seu dever de prevenção, o qual requer gerar e assegurar as condições para que seus nacionais não se vejam forçados a emigrar, assim como subsanar as causas geradoras dos fluxos migratórios.

A segunda norma convencional que merece ser invocada, de maneira introdutória, é o artigo 2 da Convenção, que prescreve que cada Estado Parte deve adequar seu direito interno às disposições da mesma, para garantir os direitos nela reconhecidos, o que implica que as medidas de direito interno devem ser efetivas (princípio de *effet utile*).

A terceira disposição que, em termos gerais, inspira este Parecer Consultivo é o artigo 19 da Convenção, que, assim como o artigo VII da Declaração, refere-se à obrigação de adotar medidas de proteção a favor de toda criança em virtude de sua condição, a qual irradia seus efeitos na interpretação de todos os demais direitos quando o caso se refira aos menores de idade.

Tendo presente, para estes efeitos, que é criança toda pessoa que não tenha completado 18 anos de idade, a Corte declarou que, ao elaborar, adotar e implementar suas políticas migratórias relativas a pessoas menores de 18 anos de idade, os Estados devem priorizar o enfoque dos direitos humanos desde uma perspectiva que tenha em consideração de forma transversal os direitos das crianças e, em particular, sua

proteção e desenvolvimento integral, os quais devem prevalecer sobre qualquer consideração de nacionalidade ou *status* migratório, a fim de assegurar a plena vigência de seus direitos.

Quando se trata da proteção dos direitos das crianças e da adoção de medidas para conseguir esta proteção, os seguintes quatro princípios reitores da Convenção sobre os Direitos da Criança devem inspirar de forma transversal e devem ser implementados em todo sistema de proteção integral: o princípio de não discriminação, o princípio do interesse superior da criança, o princípio de respeito ao direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento e o princípio de respeito à opinião da criança em todo procedimento que a afete, de modo que se garanta sua participação.

Procedimentos para identificar necessidades de proteção internacional de crianças migrantes e, se for o caso, adotar medidas de proteção especial

A Corte reconheceu anteriormente que, tanto a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em seu artigo 22.7, como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem em seu artigo XXVII, cristalizaram o direito subjetivo de todas as pessoas, incluindo as crianças, de buscar e receber asilo. Através de uma interpretação harmônica das normas interna e internacional, que informa de forma convergente e complementar o conteúdo do direito previsto nos artigos 22.7 da Convenção e XXVII da Declaração, e tomando em consideração as pautas específicas de interpretação incluídas no artigo 29 da Convenção Americana, a Corte expressou a opinião de que o direito de buscar e receber asilo no marco do Sistema Interamericano se encontra configurado como um direito humano individual de buscar e receber proteção internacional em território estrangeiro, incluindo com esta expressão o estatuto de refugiado segundo os instrumentos pertinentes das Nações Unidas ou as correspondentes leis nacionais, e o asilo, conforme as diversas convenções interamericanas sobre a matéria.

Adicionalmente, a Corte notou que os desenvolvimentos produzidos no Direito dos Refugiados nas últimas décadas geraram práticas estatais, consistentes em conceder proteção internacional como refugiados às pessoas que fogem de seu país de origem devido a violência generalizada, agressão estrangeira, conflitos internos, violação massiva dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública. Em atenção ao desenvolvimento progressivo do Direito Internacional, a Corte considerou que as obrigações derivadas do direito de buscar e receber asilo são operativas a respeito das pessoas que reúnem os componentes da definição ampliada da Declaração de Cartagena, a qual responde não apenas às dinâmicas de deslocamento forçado que a originaram, mas que também satisfaz os desafios de proteção que derivam de outros padrões de deslocamento que ocorrem na atualidade. Este critério reflete uma tendência a consolidar na região uma definição mais inclusiva que deve ser levada em consideração pelos Estados a fim de conceder a proteção como refugiado a pessoas cuja necessidade de proteção internacional é evidente.

Consequentemente, à luz do leque de situações que podem levar uma criança a se deslocar de seu país de origem, é relevante diferenciar aqueles que migram em busca de oportunidades para melhorar seu nível de vida, de quem requer algum tipo de proteção internacional, incluindo a proteção de refugiados e solicitantes de asilo, mas não limitada a ela. É por isso que, para cumprir os compromissos internacionais, os Estados se encontram obrigados a identificar as crianças estrangeiras que requerem proteção internacional dentro de suas jurisdições, seja como refugiado ou de algum

outro tipo, através de uma avaliação inicial com garantias de segurança e privacidade, com o fim de proporcionar-lhes o tratamento adequado e individualizado que seja necessário através da adoção de medidas de proteção especial. A Corte considerou que o estabelecimento de procedimentos de identificação de necessidades de proteção é uma obrigação positiva dos Estados e não instituí-los constituiria uma falta de devida diligência.

A Corte considerou que o procedimento de avaliação inicial deveria contar com mecanismos efetivos, cujo objetivo seja obter informação depois da chegada da criança ao lugar, posto ou porto de entrada ou tão logo as autoridades tomem conhecimento de sua presença no país, para determinar sua identidade e, caso seja possível, a de seus pais e irmãos, a fim de transmiti-la às entidades estatais encarregadas de avaliar e oferecer as medidas de proteção, de acordo com o princípio do interesse superior da criança.

Ao ser uma etapa inicial de identificação e avaliação, a Corte considera que o mecanismo processual adotado pelos Estados, além de oferecer certas garantias mínimas, deve ter como meta, em conformidade com a prática geralmente seguida, os seguintes objetivos prioritários básicos: (i) tratamento conforme sua condição de crianças e, em caso de dúvida sobre a idade, avaliação e determinação da mesma. Quando não seja possível chegar a uma determinação precisa da idade, deve-se considerar que se trata de uma criança e oferecer-lhe um tratamento adequado; (ii) determinar se se trata de uma criança desacompanhada ou separada; (iii) determinação da nacionalidade da criança ou, se for o caso, de sua condição de apátrida; (iv) obtenção de informação sobre os motivos de sua saída do país de origem, de sua separação familiar se for o caso, de suas vulnerabilidades e qualquer outro elemento que evidencie ou negue sua necessidade de algum tipo de proteção internacional; e (v) adoção, caso seja necessário e pertinente, de acordo com o interesse superior da criança, de medidas de proteção especial. Estes dados deveriam ser recolhidos na entrevista inicial e registrados adequadamente, de tal modo que se assegure a confidencialidade da informação.

A Corte considerou crucial que os Estados definam, de forma clara e dentro de seu desenho institucional, a correspondente designação de funções no âmbito das competências que incumbem a cada órgão estatal e, caso seja necessário, adotem as medidas pertinentes para conseguir uma coordenação interinstitucional eficaz na determinação e adoção das medidas de proteção especial que correspondam, dotando as entidades competentes de recursos orçamentários adequados e oferecendo a capacitação especializada a seus funcionários.

Garantias do devido processo aplicáveis em processos migratórios que envolvem crianças

Com o propósito de assegurar um acesso à justiça em condições de igualdade, garantir um efetivo devido processo e velar para que o interesse superior da criança tenha sido uma consideração primordial em todas as decisões adotadas, os Estados devem garantir que os processos administrativos ou judiciais nos quais se resolva sobre os direitos das crianças migrantes estejam adaptados a suas necessidades e sejam acessíveis a elas.

Nesse sentido, a Corte se referiu aos seguintes aspectos: (i) o direito de ser notificado da existência de um procedimento e da decisão que se adote no âmbito do processo migratório; (ii) o direito a que os processos migratórios sejam conduzidos por um

funcionário ou juiz especializado; (iii) o direito da criança a ser ouvida e a participar nas diferentes etapas processuais; (iv) o direito a ser assistido gratuitamente por um tradutor e/ou intérprete; (v) o acesso efetivo à comunicação e assistência consular; (vi) o direito a ser assistido por um representante legal e a comunicar-se livremente com este representante; (vii) o dever de designar um tutor no caso de criança desacompanhada ou separada; (viii) o direito a que a decisão adotada avalie o interesse superior da criança e seja devidamente fundamentada; (ix) o direito a recorrer da decisão perante um juiz ou tribunal superior com efeitos suspensivos; e (x) o prazo razoável de duração do processo.

Princípio de não privação de liberdade de crianças por sua situação migratória irregular

A pergunta submetida parte de duas premissas fundadas no Direito Internacional dos Direitos Humanos e acolhidas pela jurisprudência desta Corte, isto é, (i) o princípio de *ultima ratio* da privação de liberdade de crianças e (ii) a exigência de motivar a necessidade de recorrer a medidas privativas de liberdade de caráter cautelar por infrações à lei migratória, como medida excepcional.

Como as infrações relacionadas com o ingresso ou permanência em um país não podem, sob nenhuma hipótese, ter consequências iguais ou similares àquelas que derivam do cometimento de um delito, e em atenção às diferentes finalidades processuais existentes entre os processos migratórios e os penais, a Corte considerou que o princípio de *ultima ratio* da privação de liberdade de crianças não constitui um parâmetro operativo no âmbito submetido à consulta, isto é, aos procedimentos migratórios.

A critério da Corte, os Estados não podem recorrer à privação de liberdade de crianças que se encontram com seus progenitores, assim como daqueles que se encontram desacompanhados ou separados de seus progenitores, para garantir os fins de um processo migratório, nem tampouco podem fundamentar essa medida no descumprimento dos requisitos para ingressar e permanecer em um país, no fato de que a criança se encontre sozinha ou separada de sua família, ou na finalidade de assegurar a unidade familiar, uma vez que podem e devem dispor de alternativas menos lesivas e, ao mesmo tempo, proteger de forma prioritária e integral os direitos da criança.

Características das medidas prioritárias de proteção integral dos direitos de crianças migrantes e garantias para sua aplicação

Tendo estabelecido anteriormente o alcance do direito à liberdade pessoal a respeito das crianças migrantes por motivo apenas do descumprimento da legislação migratória, ao interpretar que isso significa um princípio geral de não privação de liberdade, a Corte reafirmou que a liberdade é a regra enquanto se resolve a situação migratória ou se procede à repatriação voluntária e segura, e as medidas a serem ordenadas não deveriam ser concebidas em si mesmas como alternativas à detenção, mas como medidas de aplicação prioritária que devem ter como principal objetivo a proteção integral de direitos, de acordo com uma avaliação individualizada e atendendo ao interesse superior.

Especificamente, a Corte considera que o referido conjunto de medidas a serem aplicadas a crianças por motivo de irregularidade migratória deve estar contemplado no ordenamento interno de cada Estado. De forma similar, deve-se regulamentar a forma procedimental da aplicação, buscando que se respeitem as seguintes garantias

mínimas: contar com uma autoridade administrativa ou judicial competente; levar em consideração as opiniões das crianças sobre sua preferência; velar para que o interesse superior da criança seja uma consideração primordial ao tomar a decisão; e garantir o direito à revisão da decisão caso se considere que não é a medida adequada, a menos lesiva ou que está sendo utilizada de forma punitiva.

Em suma, a Corte entendeu que as crianças migrantes e, em particular aqueles em situação migratória irregular que se encontram em uma situação de maior vulnerabilidade, requerem do Estado receptor uma atuação especificamente orientada à proteção prioritária de seus direitos, que deve ser definida segundo as circunstâncias particulares de cada caso concreto, isto é, se se encontram com sua família, separados ou desacompanhados, e atendendo o seu interesse superior. Para tanto, os Estados, em cumprimento de suas obrigações internacionais na matéria, devem elaborar e incorporar em seu ordenamento interno um conjunto de medidas não privativas de liberdade a serem ordenadas e aplicadas enquanto se desenvolvem os processos migratórios visando, de forma prioritária, à proteção integral dos direitos da criança, de acordo com as características descritas, com estrito respeito de seus direitos humanos e ao princípio de legalidade.

Condições básicas dos espaços de alojamento de crianças migrantes e as obrigações estatais correspondentes à custódia por razões migratórias

Caso os Estados recorram a medidas tais como o alojamento ou albergamento da criança, seja por um período breve ou durante o tempo que for necessário para resolver a situação migratória, a Corte recordou a necessidade de separação das pessoas migrantes sob custódia das pessoas acusadas ou condenadas por delitos penais, ao estabelecer que os centros para alojar as pessoas migrantes devem estar destinados especificamente para esse fim.

Os espaços de alojamento devem respeitar o princípio de separação e o direito à unidade familiar, de tal modo que no caso de crianças desacompanhadas ou separadas, devem alojar-se em locais distintos aos dos adultos e, no caso de crianças acompanhadas, devem alojar-se com seus familiares, exceto se a separação for mais conveniente, em aplicação do princípio do interesse superior da criança. Ademais, deve-se assegurar condições materiais e um regime adequado para as crianças em um ambiente não privativo de liberdade.

Garantias do devido processo diante de medidas que impliquem em restrições ou privações à liberdade pessoal de crianças por razões migratórias

A Corte especificou e individualizou uma série de garantias relevantes que se tornam operativas diante de situações de restrição de liberdade pessoal que podem constituir ou eventualmente derivar, pelas circunstâncias do caso concreto, em uma medida que materialmente corresponde a uma privação de liberdade no entendimento de que tais situações poderiam ocorrer na prática.

As crianças, especialmente quando são estrangeiros detidos em um meio social e jurídico diferente dos seus e muitas vezes com um idioma que desconhecem, experimentam uma condição de extrema vulnerabilidade. Esta presença de condições de desigualdade real obriga a adotar medidas de compensação que contribuam a reduzir ou eliminar os obstáculos e deficiências que impeçam ou reduzam a defesa eficaz dos próprios interesses. Assim serão atendidos o princípio de igualdade perante a lei e os tribunais e a correlativa proibição de discriminação.

Em consequência, a Corte se referiu aos seguintes aspectos: (i) legalidade da privação da liberdade; (ii) proibição de detenções ou encarceramentos arbitrários; (iii) direito a ser informado dos motivos da prisão ou detenção em um idioma que compreenda; (iv) direito a ser levado, sem demora, perante um juiz ou outro funcionário competente; (v) direito a notificar um familiar, tutor ou representante legal e a comunicar-se com o exterior e, em particular, com os organismos internacionais especializados; (vi) direito à informação e acesso efetivo à assistência consular; (vii) direito à assistência jurídica através de um representante legal e, no caso de crianças desacompanhadas ou separadas, a que seja designado um tutor; e (viii) direito a recorrer perante um juiz ou tribunal competente, a fim de que possa decidir, sem demora, sobre a legalidade da prisão ou detenção.

Princípio de não devolução (non-refoulement)

A proibição de devolver, expulsar, deportar, retornar, rejeitar na fronteira ou não admitir, ou de qualquer maneira transferir ou remover uma criança a um Estado quando sua vida, segurança e/ou liberdade estejam em risco de violação por causa de perseguição ou ameaça contra ela, violência generalizada ou violações massivas aos direitos humanos, entre outros, assim como onde corra o risco de ser submetida a tortura ou outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, ou a um terceiro Estado a partir do qual possa ser enviada a outro Estado onde possa correr estes riscos, encontra em outras normas de direitos humanos uma proteção adicional que se estende a outro tipo de graves violações a seus direitos humanos, entendidos e analisados com um enfoque de idade e de gênero, assim como dentro da lógica estabelecida pela própria Convenção sobre os Direitos da Criança, que faz da determinação do interesse superior, com as devidas garantias, um aspecto central ao adotar qualquer decisão relativa à criança e, especialmente, se estiver envolvido o princípio de não devolução.

Em face do anterior, a competência das autoridades internas para decidir sobre as pessoas que podem permanecer em seu território e, deste modo, a possibilidade de devolver uma pessoa a seu país de origem, ou a um terceiro país, está condicionada pelas obrigações derivadas do Direito Internacional e, em particular, do Direito dos Refugiados, do Direito Internacional dos Direitos Humanos, da proibição da tortura e do artigo 22.8 da Convenção Americana. Com efeito, o princípio de não devolução é comum a estes diferentes ramos do Direito Internacional nos quais o mesmo foi desenvolvido e codificado. Porém, em cada um destes contextos, o conteúdo do princípio de não devolução reconhece um âmbito de aplicação pessoal e material particular e obrigações correlatas específicas, as quais devem ser entendidas como de natureza complementar, nos termos do artigo 29 da Convenção Americana e do princípio *pro persona*. Isso implica, em conclusão, em realizar a interpretação mais favorável para o efetivo gozo e exercício dos direitos e liberdades fundamentais, aplicando a norma que ofereça maior proteção ao ser humano.

A Corte considera que a proteção complementar configura um desenvolvimento normativo consequente com o princípio de não devolução, através do qual os Estados zelam pelos direitos das pessoas que não são qualificadas como refugiados ou como outra qualidade migratória, mas não podem ser devolvidas. A proteção complementar deve contar com o reconhecimento dos direitos básicos das pessoas protegidas.

De acordo com o estabelecido na Convenção sobre os Direitos da Criança e outras normas de proteção dos direitos humanos, qualquer decisão sobre a devolução de uma

criança ao país de origem ou a um terceiro país seguro apenas poderá basear-se nos requerimentos de seu interesse superior, tendo em consideração que o risco de violação de seus direitos humanos pode adquirir manifestações particulares e específicas em razão da idade.

Procedimentos para garantir o direito das crianças de buscar e receber asilo

A fim de dar efeito útil ao direito de buscar e receber asilo previsto nos artigos 22.7 da Convenção e XXVII da Declaração Americana e garantir seu exercício em condições de igualdade e sem discriminação, a Corte ressaltou a necessidade primordial de que os Estados elaborem e implementem procedimentos justos e eficientes destinados a determinar se a pessoa solicitante reúne os critérios para exercer este direito e solicitar o estatuto de refugiado, tomando em conta que as definições contêm elementos subjetivos e objetivos que apenas podem ser conhecidos por meio de procedimentos individualizados e que, por sua vez, permitam um correto exame da solicitação de asilo e previnam devoluções contrárias ao Direito Internacional.

A obrigação estatal de estabelecer e realizar procedimentos justos e eficientes para identificar os potenciais solicitantes de asilo e determinar a condição de refugiado através de uma análise adequada e individualizada das petições, com as correspondentes garantias, deve incorporar os componentes específicos desenvolvidos à luz da proteção integral devida a todas as crianças, aplicando integralmente os princípios reitores e, em especial, o relativo ao interesse superior da criança e sua participação.

A Corte considera que esta obrigação implica em: não obstaculizar o ingresso ao país; se forem identificados riscos e necessidades, dar à pessoa acesso à entidade estatal encarregada de conceder o asilo ou o reconhecimento da condição de refugiado ou a outros procedimentos que sejam idôneos para a proteção e atenção específica conforme as circunstâncias de cada caso; tramitar de forma prioritária as solicitações de asilo de crianças como solicitante principal; contar com pessoal de recepção na entidade que possa examinar as crianças para determinar seu estado de saúde; realizar um registro e entrevista procurando não causar maior trauma ou revitimização; dispor de um lugar para a estadia da pessoa solicitante, se já não o dispuser; emitir um documento de identidade para evitar a devolução; estudar o caso com consideração de flexibilidade quanto à prova; designar-lhe um tutor independente e capacitado no caso de crianças desacompanhadas ou separadas; caso seja reconhecida a condição de refugiado, proceder aos trâmites de reunificação familiar, se for necessário, de acordo com o interesse superior e, finalmente, buscar como solução duradoura a repatriação voluntária, o reassentamento ou a integração social, de acordo com determinação do interesse superior da criança.

Direito à vida familiar das crianças no marco de procedimentos de expulsão ou deportação de seus progenitores por motivos migratórios

Qualquer órgão administrativo ou judicial que deva decidir sobre a separação familiar por expulsão motivada pela condição migratória de um ou de ambos os progenitores deve realizar uma análise de ponderação, que contemple as circunstâncias particulares do caso concreto e garanta uma decisão individual, priorizando em cada caso o interesse superior da criança. Nas hipóteses em que a criança tem direito à nacionalidade do país do qual um ou ambos os progenitores podem ser expulsos, ou que cumpra as condições legais para residir permanentemente neste país, os Estados não podem expulsar um ou ambos os progenitores por infrações migratórias de caráter

administrativo, pois se sacrificaria de forma irrazoável ou desmedida o direito à vida familiar da criança.

Em atenção a que as obrigações determinadas anteriormente se referem a um tema tão próprio, complexo e variável da época atual, elas devem ser entendidas como parte do desenvolvimento progressivo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, processo no qual, conseqüentemente, este Parecer Consultivo se insere.

O texto integral do parecer consultivo está disponível no seguinte link:
<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/opiniones-consultivas>