

ELENA LÓPEZ BARBA (dir.)

Estudios jurídicos sobre el bienestar social para una Andalucía más inclusiva

JUAN GORELLI HERNÁNDEZ ELENA LÓPEZ BARBA
M^a DEL CARMEN NÚÑEZ LOZANO LUCÍA PADILLA ESPINOSA
M^a DOLORES REGO BLANCO M^a FUENCISLA RUBIO VELASCO
RAFAEL VERA TORRECILLAS JOSÉ ZAMORANO WISNES

DYKINSON

ESTUDIOS JURÍDICOS SOBRE EL BIENESTAR SOCIAL
PARA UNA ANDALUCÍA MÁS INCLUSIVA

ESTUDIOS JURÍDICOS SOBRE EL BIENESTAR SOCIAL
PARA UNA ANDALUCÍA MÁS INCLUSIVA

Elena López Barba (dir.)

DYKINSON

2023

Proyecto de Excelencia P18-RT-4629 «Claves jurídicas del bienestar social para una Andalucía más inclusiva» Financiado por la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades de la Junta de Andalucía y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

Extravagantes, 14
ISSN: 2660-8693

© 2023 Autores

Editorial Dykinson
c/ Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid
Tlf. (+34) 91 544 28 46
E-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.com>

Preimpresión: TALLERONCE

ISBN: 978-84-1122-960-9
Depósito legal: M-4334-2023

Versión electrónica disponible en e-Archivo
<http://hdl.handle.net/10016/36469>



Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España

ÍNDICE

- 9 Introducción. Elena López Barba
- 11 Sobre la necesidad de incrementar la tutela ante el despido improcedente: la viabilidad de una indemnización por daños y perjuicios. Juan Gorelli Hernández
- 57 El apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Una (re)visión desde Andalucía. Elena López Barba
- 83 El régimen jurídico de autorización administrativa, declaración responsable, comunicación, acreditación y registro de entidades, centros y servicios sociales de Andalucía. María del Carmen Núñez Lozano
- 201 El acceso efectivo al procedimiento de protección internacional en España. Especial consideración a la situación de los menores solicitantes. Lucía Padilla Espinosa
- 253 Claves jurídicas de la educación inclusiva en las universidades públicas de Andalucía. M.^a Dolores Rego Blanco
- 293 La protección social de colectivos vulnerables: especial atención a los inmigrantes. M^a Fuencisla Rubio Velasco
- 325 Aproximación histórica a las competencias de las diputaciones provinciales en materia de asistencia social: de la beneficencia a los servicios sociales. Rafael Jesús Vera Torrecillas
- 361 El derecho a la vivienda. Algunos elementos de su regulación en la legislación autonómica y estatal. José Zamorano Wisnes

EL ACCESO EFECTIVO AL PROCEDIMIENTO
DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL EN ESPAÑA
Especial consideración a la situación de los menores solicitantes

Lucía Padilla Espinosa¹
Universidad de Huelva
ORCID: 0000-0001-5558-0215

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Acceso al procedimiento y la adquisición de la condición de solicitante de protección internacional; 2.1. Primera fase: formulación de la solicitud; 2.2. Segunda fase: registro de la solicitud; 2.3. Tercera fase: presentación de la solicitud; 3. Especial referencia al acceso al procedimiento de los menores de edad; 4. Valoraciones finales; 5. Bibliografía.

1. Introducción

Desde los años 2015 y 2016 el número de personas que han llegado a España y han solicitado protección internacional ha crecido notablemente. No se trata de un incremento coyuntural, sino que por el contrario responde a un imparable aumento del número de personas que se ven obligadas a abandonar sus hogares como consecuencia de los conflictos y las múltiples violaciones de derechos humanos. A lo largo de 2020 la población desplazada de manera forzada en el mundo debido a la persecución, la violencia, los conflictos armados o las violaciones de los derechos humanos aumentó de forma imparable, alcanzando los 82,4 millones a finales de ese mismo año². A mediados de 2021, según los datos del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), este desplazamiento forzado habría alcanzado la cifra estimada de 85,8 millones³. Estas cifras se han mantenido

¹ Doctoranda en el Programa de doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Huelva.

Investigación realizada en el marco del Proyecto de Excelencia «Claves jurídicas del bienestar social para una Andalucía más inclusiva» (P18-RT- 4629) financiado por la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento de la Junta de Andalucía, y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

² ACNUR (2020). *Tendencias globales. Desplazamiento forzado en 2020*. Disponible en: <https://www.acnur.org/60cbddfd4.pdf> (última consulta en noviembre de 2022).

³ ACNUR (2021). *Mid-year Trends 2021*. Disponible en: <https://www.unhcr.org/sta->

al alza a lo largo del 2022 alcanzando los 100 millones de personas desplazadas forzadas⁴.

La denominada “crisis de refugiados” ha propiciado un renovado interés académico por el estudio del Derecho Internacional de las Personas Refugiadas y, en particular, del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA), con especial énfasis en la problemática asociada a la ausencia de vías legales para llegar a Europa, la lucha contra las prácticas de rechazo en frontera o la definición de los elementos constitutivos de la condición de refugiado o beneficiario de protección subsidiaria⁵. Sin embargo, se ha prestado menor atención a esa fase intermedia que se

tistics/unhcrstats/618ae4694/mid-year-trends-2021.html (última consulta en noviembre de 2022).

4 Datos obtenidos del portal: <https://www.unhcr.org/news/press/2022/5/628a389e4/unhcr-ukraine-other-conflicts-push-forcibly-displaced-total-100-million.html> (última consulta en noviembre de 2022).

5 En el marco del Derecho de la Unión Europea, los nacionales de terceros Estados y las personas apátridas podrán gozar de la protección internacional constituida por el estatuto de refugiado y el de beneficiario de protección subsidiaria. El artículo 1 de la Directiva 2011/95/UE dispone que: “El objeto de la presente Directiva es el establecimiento de normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida.” Directiva 2011/95/UE del Parlamento y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (*DOUE* L 337 de 20 de diciembre de 2011). En el mismo sentido, en la normativa española el artículo 1 de la Ley 12/2009 puede leerse: “La presente Ley, de acuerdo con lo previsto en el apartado cuatro del artículo 13 de la Constitución, tiene por objeto establecer los términos en que las personas nacionales de países no comunitarios y las apátridas podrán gozar en España de la protección internacional constituida por el derecho de asilo y la protección subsidiaria, así como el contenido de dicha protección.” Ley 12/2009 reguladora del Derecho de Asilo y de la protección subsidiaria, de 31 de enero de 2014 (*BOE* número 263 de 31 de octubre de 2009). De otro lado, los artículos 3 y 4 de la Ley 12/2009 definen la condición de refugiado y la protección subsidiaria. En atención al artículo 3, la condición de refugiado “se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su resi-

produce cuando la persona ya ha llegado a territorio, pero aún no ha sido reconocida como solicitante de protección internacional y no ha podido iniciar los trámites para solicitar los beneficios asociados a tal condición. Se trata en este caso de dilucidar cuáles son los obstáculos que, en la práctica, impiden el ejercicio efectivo del derecho de acceso al procedimiento de protección internacional y que está relacionado con cuestiones como la precaria asistencia legal que reciben al llegar, la existencia de pocos intérpretes de lenguas nativas, la falta de protocolos para la identificación de las necesidades específicas en caso de ser persona vulnerable, la falta de formación de las autoridades de primer contacto y de los entrevistadores en materia de derechos humanos, género, infancia, trata de seres humanos, etc., las demoras en el sistema establecido para otorgar la cita para realizar la entrevista de formulación de la solicitud, o las inadecuadas condiciones de los lugares habilitados para celebrar la entrevista inicial donde no se garantiza la privacidad, intimidad y confidencialidad del procedimiento. Todo ello unido a que gran parte de estas personas acceden a territorio de manera irregular –piénsese en la situación que se vive en estos momentos en la frontera Sur española⁶:

dencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él, y no esté incurso en alguna de las causas de exclusión del artículo 8 o de las causas de denegación o revocación del artículo 9.” En virtud del artículo 4, por protección subsidiaria debe entender: “el derecho a la protección subsidiaria es el dispensando a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el artículo 10 de esta Ley, y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren, acogerse a la protección del país de que se trate, siempre que no concurra alguna de los supuestos mencionados en los artículos 11 y 12 de esta Ley”. De conformidad con el considerando número 39 de la Directiva 2011/95/UE En virtud de la Directiva 2011/95/UE a los beneficiarios del estatuto de protección subsidiaria se les debe conceder los mismos derechos y prestaciones a que tienen derecho los refugiados y deberán quedar sujetos a las mismas condiciones.

6 La Frontera Sur española incluye principalmente los puertos de Andalucía y Canarias, así como las entradas vía marítima y terrestre a Ceuta y Melilla. Esta frontera se ha consolidado desde hace años como una de las tres rutas más importantes de llegadas de personas migrantes por vía marítima a Europa, junto con Italia y Grecia. Datos obtenidos por el Ministerio del Interior. Disponibles en el siguiente enlace: http://www.interior.gob.es/documents/10180/12745481/24_informe_quincenal_acumulado_01-01_al_31-12-2021.pdf/70629c47-8b67-4e03-9fe8-9e4067044c16 (última consulta en noviembre de 2022).

Andalucía⁷, Ceuta, Melilla y especialmente en Canarias— y cómo esa “irregularidad” en su situación administrativa se va a convertir en el criterio determinante, condicionando la inicial respuesta de las autoridades de primer contacto, guiada a menudo por los parámetros del control fronterizo y la lucha contra la inmigración irregular y ajena, en muchos casos, a la necesidad de protección de parte de esos colectivos.

Todos estos ejemplos evidencian que el acceso al procedimiento de protección internacional en España se ha convertido en una lista interminable de trabas y dificultades que pueden dejar a potenciales personas refugiadas o beneficiarias de protección subsidiaria sin protección y que, en definitiva, pone en juego el derecho de asilo y el principio de no devolución reconocidos hoy día en Europa al más alto nivel (arts. 18 y 19 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁸) y que han de garantizarse de conformidad con la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951⁹.

Para el adecuado reconocimiento de las personas necesitadas de protección internacional como refugiados a efectos del artículo 1 de la Convención de Ginebra¹⁰ o como personas con derecho a protección subsidiaria es fun-

7 Un total de 6.902 personas formalizaron sus solicitudes de protección internacional en Andalucía a lo largo del año 2021, lo que sitúa a la Comunidad Autónoma como la tercera en número de solicitudes presentadas, por detrás de Cataluña y Madrid según la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (en adelante CEAR) (2022). *Las personas refugiadas en España y en Europa* (Informe anual 2022). Disponible en: <https://www.cear.es/informe-cear-2022/> (última consulta en noviembre de 2022).

8 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE L 83 de 30 de marzo de 2010). El artículo 18 recoge el derecho de asilo: “Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado de la Unión Europea y con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.”, por su parte, en el artículo 19.2 se establece la prohibición de devolución, “Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes”.

9 Instrumento de Adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967. (BOE núm. 252 de 21 de octubre de 1978).

10 El artículo 1 define que una persona refugiada como aquel que “debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de

damental que los solicitantes tengan un acceso efectivo al procedimiento de protección internacional, así como a diferentes garantías procedimentales que les permitan proseguir el procedimiento en todas sus fases. Del mismo modo, es crucial que las autoridades nacionales identifiquen, lo antes posible, a los solicitantes que requieran garantías procedimentales especiales por razón de su vulnerabilidad.

En el caso de España, hasta el inicio de la pandemia mundial motivada por la COVID-19¹¹, el número de solicitudes recibidas y tramitadas anualmente, se han multiplicado casi por veinticuatro, sin que se hayan acometido cambios estructurales en el sistema de protección internacional para adaptarlo a esta nueva realidad. Si bien es cierto que la Oficina de Asilo y Refugio ha reforzado su personal y se han designado más comisarías de la Policía Nacional para formalizar las solicitudes, estas medidas han sido insuficientes para ofrecer una respuesta adecuada a las necesidades de protección internacional de un número creciente de personas, en cumplimiento de las obligaciones legales de España.

Antes estas circunstancias, la presente contribución tiene por objeto el

su país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores no quiera regresar a él”.

11 En 2021, se presentaron 65.404 solicitudes de protección internacional en España, lo que supone un descenso de más del 26% con respecto al año anterior, cifra que viene a confirmar la tendencia descendente que se inició con el origen de la pandemia en marzo del año 2020. Durante los dos años de esta pandemia mundial motivada por la COVID-19, las solicitudes de protección internacional en España han descendido en más del 55%¹³². Este descenso se debe mayoritariamente al cierre de las fronteras aéreas lo que dificultó el acceso a España para poder formalizar las solicitudes de protección internacional. Las restricciones de movimientos motivadas por la pandemia que han continuado durante prácticamente todo el año 2021 han incrementado enormemente las dificultades de acceso al procedimiento de protección internacional. Por ello, en la práctica, el territorio nacional ha continuado siendo prácticamente el único lugar donde poder acceder al procedimiento de protección internacional. Una vez dentro del territorio nacional, las dificultades se han visto incrementadas sustancialmente dado el nuevo sistema implementado tras la pandemia de acceso telemático al procedimiento de protección internacional. La gran dificultad estriba en la escasa o nula disponibilidad de cita previa a través de la plataforma online del Ministerio del Interior que es preceptiva para poder formalizar la solicitud de protección internacional. Ello genera un colapso invisibilizado en el acceso al procedimiento de protección internacional. CEAR (2022). *Las personas refugiadas en España y en Europa* (Informe anual 2022, 71).

estudio del procedimiento de protección internacional, con el fin de poder proporcionar algunas claves sobre cuestiones tan relevantes como la determinación del momento en que una persona adquiere la condición de solicitante y qué supone dicha condición; ante qué autoridades se puede formular una solicitud de protección internacional, qué obligaciones tienen esas autoridades y qué requisitos administrativos pueden frustrar el acceso efectivo al procedimiento. Para ello se realiza un análisis exhaustivo de las obligaciones derivadas del Derecho Internacional de las Personas Refugiadas, del SECA¹² y su transposición en España (Ley 12/2009), y todo ello prestando especial atención a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la materia.

A tal respecto cabe mencionar que a pesar de que las competencias que se atribuyen a la Unión Europea en materia de asilo son de carácter compartido con los Estados Miembros y por tanto, estos cuentan con un importante margen de apreciación, el SECA ha conseguido establecer unos criterios mínimos comunes para el tratamiento de todos los solicitantes y solicitudes de protección internacional en toda la Unión. Así pues, a través del procedimiento legislativo ordinario se han adoptado diferentes actos jurídicos vin-

12 Efectivamente, para la consecución de este objetivo se hace indispensable el análisis de los diferentes actos jurídicos vinculantes adoptados por el Parlamento Europeo y el Consejo, que conforman el Sistema Europeo Común de Asilo. El SECA fue construido gradualmente desde el Consejo Europeo de 1999 celebrado en Tampere y su objetivo es: “Establecer un estatuto uniforme de asilo para los nacionales de terceros Estados y apátridas, válido en toda la Unión y basado en la plena y total aplicación de la Convención de Ginebra, afirmando de esta manera el principio de no devolución y garantizando que ninguna persona sea repatriada a un país en el que sufra persecución”. Disponible en el siguiente enlace: https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm (última consulta realizada en noviembre de 2022). Por otro lado, conviene subrayar que el SECA ha producido un extenso elenco de normas que constituyen las bases del régimen jurídico de protección internacional, cuya piedra angular es la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, ya que ni el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), ni en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se definen los términos “asilo” y “refugiado”. El SECA, a su vez, es adaptado por cada Estado miembro de la Unión Europea en su normativa nacional. Como es sabido, el amplio margen de apreciación con el que cuentan los Estados miembros ha provocado que, dependiendo del rigor de cada Estado, exista una gran disparidad de trato y resultado que reciben los solicitantes. Consecuentemente, la eficacia del SECA depende en gran medida de la voluntad de los Estados miembros.

culantes, entre los que destaca, las Directivas 2013/32/UE¹³ y 2013/33/UE¹⁴ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, en virtud de las cuales la Unión estableció un procedimiento común de concesión o retirada de protección internacional y unas normas comunes para la acogida de los solicitantes de protección internacional y que serán objeto de nuestro estudio. La Directiva 2013/32 establece que el procedimiento debe ser rápido en su tramitación y debe ir acompañado de unas garantías básicas, que cobran mayor relevancia cuando la solicitud ha sido efectuada por menores no acompañados. Por su parte, la Directiva 2013/33 establece que el Estado miembro ante el que se solicita protección internacional debe proporcionar al solicitante la permanencia, la libre circulación en su territorio y establece unas normas sobre la acogida de los solicitantes suficientes para garantizarles un nivel de vida digno y unas condiciones de vida comparables en todos los Estados miembros. No obstante, los Estados miembros pueden establecer condiciones más favorables para las personas beneficiarias de protección internacional, así como someter excepcionalmente a internamiento a los solicitantes.

En el ordenamiento jurídico español, el procedimiento de protección internacional se encuentra regulado en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. En este contexto, una de las principales causas de las graves deficiencias del sistema español de protección internacional y acogida es la falta del Reglamento de desarrollo de la Ley 12/2009 que dé cumplimiento a la obligación del Estado español de transponer la Directiva 2013/32 y la Directiva 2013/33, las cuales tenían que haberse traspuesto antes de julio de 2015¹⁵. Como se verá a lo largo del pre-

13 Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (*DOUE* L 180/65 de 26 de junio de 2013).

14 Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (*DOUE* L 180 de 29 de junio de 2013).

15 En relación con las condiciones de acogida de los solicitantes de protección internacional, recientemente se ha aprobado el Real Decreto 220/2022, de 29 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el sistema de acogida en materia de protección internacional (*BOE* núm. 76 de 30 de marzo de 2022). Mediante este Real Decreto se incorpora parcialmente al derecho español la Directiva 2013/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013. Este Real Decreto establece el reglamento que regula el sistema de acogida con un triple objetivo: reforzar la eficiencia del sistema, estableciendo un catálogo armonizado de las condiciones de acogida y ajustando

sente análisis, la inexistencia del desarrollo reglamentario genera una grave situación de inseguridad jurídica a las personas solicitantes ya que da lugar a la arbitrariedad y dispersión de criterios y procedimientos tanto en el acceso a la solicitud de protección internacional, como en la formalización del procedimiento o la instrucción del mismo. También afecta a los grupos en situación de especial vulnerabilidad al que alude el artículo 46 de la Ley 12/2009, implicando que dichas medidas sean solicitadas *ad hoc* para casos concretos y no de oficio por parte de la Administración competente. En este sentido, resulta primordial realizar un análisis pormenorizado de los grupos poblacionales que conforman el amplio conjunto de los solicitantes de protección internacional. En esta ocasión, los solicitantes menores de edad adquieren especial atención y, específicamente, los menores no acompañados¹⁶, habida cuenta, no solo del elevado número de menores no acompañados que registra España¹⁷, sino también por la compleja realidad de estas situaciones. En efec-

la capacidad a las necesidades; introducir un nuevo instrumento de financiación a largo plazo, como es el concierto social; y dotar de mayor seguridad jurídica al sistema con una norma (reglamento) equiparable al de países de nuestro entorno.

16 Es una persona menor de 18 años que se encuentra separada de ambos padres y no está bajo el cuidado de ningún adulto que por ley o costumbre esté a su cargo. Cuando estos menores vienen acompañados de familiares que no tienen asignada la responsabilidad de su cuidado por ley o por costumbre, hablamos de menores separados. Definición dada por el ACNUR (2021). *Menores no acompañados y la protección del asilo*. Disponible en: <https://www.acnur.org/5cf926764.pdf> (última consulta en noviembre de 2022). Los motivos que impulsan a estos menores a salir de sus países pueden ser la pobreza, las catástrofes naturales, la desestructuración familiar, la desprotección institucional o la imposibilidad de forjarse un futuro, entre otros. Sin embargo, algunos menores además huyen por temor a la persecución, a sufrir las consecuencias de un conflicto armado o de los disturbios en su país de origen, temor a sufrir situaciones que impliquen violaciones de derechos humanos. Estos menores podrían necesitar una protección especial, además de la prevista en la Convención de 1989 sobre los Derechos del Niño y, por tanto, ser refugiados de acuerdo con la Convención de Ginebra de 1951 o beneficiarios de protección subsidiaria.

17 Aunque las cifras no son muy precisas, se estima que en España se encuentran unos 4.000 menores extranjeros no acompañados o separados. En el caso de las 3.152 solicitudes de protección internacional presentadas en 2021 en Ceuta, 156 fueron formalizadas por menores, de los que 117 eran acompañados y 39 no acompañados. No obstante, en el año 2021, en general, se detecta un descenso del grupo de personas menores de edad, 14.72% frente al 11.23% en el año 2020. Datos obtenidos del Ministerio del Interior, disponibles en: http://www.interior.gob.es/documents/642012/13036726/Nota_avance_trimestral_datos_proteccion_internacional_2021_12_31.pdf/6f327d67-1201-4b3a-b7f4-eef82d4098fa (última consulta en noviembre de 2022).

to, los menores que viajan solos, además de no contar con la protección de un adulto responsable que vele por sus intereses, en la mayoría de las ocasiones, se encuentran expuestos a diversos riesgos por razón de su especial vulnerabilidad¹⁸. Por ello, se abordará cuál es el régimen especial con el que cuenta esta población, pero también las condiciones a las que están sujetos cuando entran en territorio europeo, tanto legales como *de facto*. Finalmente, se desarrollarán propuestas de mejoras en relación con el acceso al procedimiento de protección internacional previsto en el ordenamiento jurídico español a modo de valoraciones finales.

2. Acceso al procedimiento y la adquisición de la condición de solicitante de protección internacional

De conformidad con el régimen establecido por la Directiva 2013/32¹⁹ el acceso al procedimiento de protección internacional se encuentra comprendi-

18 Anualmente, más de un millón de mujeres y niñas caen en redes de trata de seres humanos y unos 2 millones de menores son introducidos en redes de prostitución. Entre 100 y 140 millones de mujeres y niñas han sido sometidas a la ablación, muchas entre los 4 y 8 años. Cada año, cerca de 3 millones más corren el riesgo de sufrir mutilación genital en 28 países de África, Asia y Oriente Medio. Igualmente, se calcula que más de 300.000 menores de edad, muchos de ellos menores de 10 años, han sido reclutados forzosamente en conflictos armados y cerca de la mitad son niñas que, en su mayoría, son empleadas como esclavas sexuales, así como 50 millones de menores de entre 5 y 14 años en los países en vías de desarrollo son víctimas de trabajo infantil. Datos obtenidos del ACNUR (2021), disponibles en <https://www.acnur.org/5cf926764.pdf> (última consulta en noviembre de 2022).

19 Esta Directiva se aplica a los solicitantes respecto de los cuales se aplica el Reglamento (UE) N.º 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 (DOUE L 180/31, de 26 de junio de 2013), por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida. La Directiva 2013/ 32/UE deroga a la anterior Directiva 2005/85/CE del Consejo, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado (DOUE L 326 de 13 de diciembre de 2005) que, fue la primera medida sobre procedimientos de asilo que se adoptó entre otros instrumentos jurídicos pertinentes en la primera fase de un Sistema Europeo Común de Asilo. Para profundizar sobre la Directiva 2005/85/CE se recomienda la lectura de: Karin Zwaan (2009). *The Procedures Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*. Wolf Legal Publishers (WLP), Nijmegen, The Netherlands.

do por tres fases diferenciadas. En efecto, el artículo 6 de la Directiva 2013/32 distingue entre la formulación de la solicitud de protección internacional, el registro y la presentación de esta.

Antes de entrar a examinar estas fases propias del procedimiento, debemos hacer mención a la que se conoce como la fase preliminar del mismo, y que hace referencia a la obligación de facilitar la formulación del deseo de solicitar protección internacional. A tal respecto, el TJUE ²⁰ ha manifestado que, previamente a la formulación, registro y presentación de la solicitud, los Estados miembros tienen obligaciones específicas en relación con las garantías de acceso efectivo al procedimiento de concesión de protección internacional. Estas obligaciones no consisten meramente en abstenerse de obstaculizar la formulación de una solicitud de protección internacional, sino que deben entenderse como el deber de los Estados miembros de “facilitar que los interesados manifiesten su deseo de solicitar protección internacional”. Para ello, es necesario que los Estados miembros desarrollen un “comportamiento proactivo” con respecto a las personas susceptibles de formular una solicitud. Esta obligación ha sido positivada en el artículo 8.1 de la Directiva 2013/32, en la medida en que estos deben ofrecer a los nacionales de terceros Estados o a los apátridas internados o que se encuentren en puestos fronterizos, información sobre la posibilidad de formular una solicitud de protección internacional cuando se presuma que pueden desear formular una. La información debe ser garantizada, por un lado, mediante servicios de interpretación que permitan a las autoridades comprender si la persona expresa el deseo de solicitar protección internacional, y por otro, asegurando que los presuntos solicitantes tengan acceso a las organizaciones y personas que prestan asesoramiento.

En el caso de España, las entrevistas que se realizan periódicamente a ex-

²⁰ TJUE, asunto Comisión Europea contra Hungría de 17 de diciembre de 2020, C-808/18, ECLI:EU:C:2020:1029, párrafos 94 a 100. En las conclusiones realizadas por el Abogado General Sr. Priit Pikamäe se manifiesta que, aunque dicha obligación no se recoge en una disposición concreta de la Directiva 2013/32, la misma es consustancial a los objetivos de la propia Directiva en su conjunto. De forma que, si los Estados miembros no respetasen las disposiciones que se establecen en la Directiva 2013/32, el conjunto de normas armonizadas sobre el procedimiento sería papel mojado. Las normas sobre el procedimiento de protección internacional carecerían de sentido si, quienes desean obtener protección por parte de un Estado miembro no consiguiesen acceder al procedimiento porque las autoridades de dicho Estado no reconocen o reconocen de forma tardía las manifestaciones y/o expresiones sobre el temor a ser devuelto al país de origen.

tranjeros durante las visitas a los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE) reflejan que muchos desconocen la posibilidad de solicitar protección internacional, a pesar de recibir una hoja informativa sobre este derecho²¹. Ante ello, resulta esencial que la información que se transmite a posibles solicitantes sea comprensible y accesible para todas las personas, habida cuenta de que se trata de un procedimiento con un apreciable nivel de complejidad.

2.1. Primera fase: formulación de la solicitud

Del artículo 7 de la Directiva 2013/32 se desprende que los Estados miembros están obligados a garantizar a todo nacional de un tercer país o apátrida el derecho a formular una solicitud de protección internacional. Además, en virtud del artículo 3.1, la referida Directiva se aplica a todas las solicitudes de protección internacional que hayan sido presentadas en el territorio, con inclusión de la frontera, en las aguas territoriales o en las zonas de tránsito de los Estados miembros²². Por lo tanto, se confiere a todo nacional de un tercer país o apátrida el derecho a formular una solicitud de protección interna-

21 Defensor del Pueblo (2016). *El asilo en España, la protección internacional y los recursos del sistema de acogida*. (Informe; 50). El informe está disponible en la siguiente dirección: https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2016/07/Asilo_en_Espa%C3%B1a_2016.pdf (última consulta en noviembre de 2022).

22 Del ámbito de aplicación territorial del artículo 3.1 se deduce que la Directiva no se aplica en alta mar. No obstante, las acciones realizadas por los Estados miembros en alta mar se pueden ajustar al artículo 4 de la Carta de la UE y al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, tal y como determinó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Hirsi Jamaa* y otros contra Italia en el que señaló que siempre que el Estado miembro opere fuera de su territorio, ejerza control y autoridad sobre un individuo y, por consiguiente, jurisdicción a través de sus autoridades, tiene la obligación de garantizar a dicho individuo sus derechos en virtud del artículo 1 y sus libertades conforme a la sección I de la Convención. Además, en este caso, el Tribunal señaló la importancia de garantizar a toda persona sometida a una medida de expulsión, cuyas consecuencias son potencialmente irreversibles, el derecho a obtener suficiente información como para poder tener acceso a los procedimientos aplicables, entre ellos el procedimiento de protección internacional. TEDH, Gran Sala, Sentencia de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa* y otros contra Italia, solicitud N. 27765/09. Sobre el mencionado asunto, Carrillo Salcedo, J.A. (2013). Reflexiones a la luz de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Hirsi Jamaa* y otros contra Italia (Sentencia de 23 de febrero de 2012). Derechos de los inmigrantes en situación irregular en España. *Teoría y Realidad Constitucional*, Núm. 32, 285-291.

cional en el territorio, en las fronteras, en las aguas internacionales o en las zonas de tránsito de un Estado miembro.

Una vez determinado este derecho habrá que analizar cómo se ejercita el mismo, es decir, cómo se formula una solicitud de protección internacional. A tal respecto, el artículo 6.1 de la Directiva 2013/32 dispone que la solicitud se entenderá formulada cuando la persona interesada “manifiesta” ante las autoridades nacionales su voluntad de obtener protección internacional. Así lo ha considerado el TJUE en el asunto *V.L* de 25 de junio de 2020²³, donde se establece que la formulación de la solicitud de protección internacional equivale a la “expresión del deseo” de solicitar protección internacional ante una autoridad competente para registrar dicha solicitud, o bien, ante otra autoridad que sin ser competente para el registro es probable que reciba tales solicitudes²⁴. El Tribunal ha manifestado que la formulación de una solicitud

23 TJUE, Asunto *V.L* de 25 de junio de 2020 C-36/20 PPU ECLI:EU:2020:495. Tiene por objeto una petición de decisión prejudicial plantea por un Juzgado de Instrucción nº3 de San Bartolomé de Tirajana (Las Palmas), en el contexto de un procedimiento relativo al internamiento de un nacional de tercer Estado y a la solicitud de protección internacional que este formuló.

24 La doctrina ha considerado que el hecho de que el artículo 6.1 de la Directiva 2013/32 no se remita al derecho nacional para la formulación propiamente dicha de la solicitud se debe a que el legislador europeo ha considerado que el acto de expresar el mero deseo de solicitar protección internacional no requiere formalidad administrativa alguna. Véase: Vedsted – Hansen, J (2016). *Asylum Procedures Directive 2013/32/UE*. En Halibronner, K.; Thym, D. (eds.) *EU Immigration and Asylum Law: A Commentary*, 2º Edition, (pp. 1281-1381). C.H. Beck / Hart/Nomos. En el mismo sentido se ha pronunciado el Abogado General, Sr. Priit Pikamäe en las conclusiones al asunto Comisión Europea contra Hungría, párrafo 68, donde manifiesta que si bien pueden imponerse obligaciones a las personas que ya han formulado la solicitud de protección internacional, la exigencia de garantizar un acceso efectivo al procedimiento implica que, en cambio, no se pueda hacer recaer ninguna obligación sobre las personas que aún no hayan formulado su solicitud. Además, esta interpretación se encuentra confirmada en el artículo 6 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE [COM (2016) 467 final de 13 de julio de 2016], en virtud del cual, la Comisión distingue rigurosamente los distintos pasos de los que se compone el acceso al procedimiento de protección internacional, a saber, la formulación, el registro y la presentación de la solicitud. El artículo 25 de dicha Propuesta de Reglamento, que lleva por título “realización de una solicitud de protección internacional” y que hace referencia a la formulación de la solicitud, no recoge ninguna obligación a cargo de las personas que formulan la solicitud. En la actualidad existe una nueva propuesta de Reglamento del Parlamento

de protección internacional ante las autoridades referidas constituye una fase fundamental del acceso al procedimiento, puesto que es el momento en que la persona interesada “adquiere” la condición de solicitante²⁵.

En efecto, una persona adquiere la condición de solicitante de protección internacional²⁶ desde el momento en que formula una solicitud, es decir, desde el momento en que manifiesta ante una autoridad competente para el registro, o bien, ante otra autoridad, que desea solicitar protección internacional. Por consiguiente, la adquisición de la condición de solicitante no estaría condicionada a posteriores formalidades específicas, ni siquiera en relación con plazos, sino que basta la expresión del deseo para que se obtenga esta condición y se desplieguen los efectos aparejados a la misma²⁷. No obstante,

Europeo y del Consejo por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE, firmada en Bruselas el 23 de septiembre de 2020 [COM (2020) 611 final, de 23 de septiembre de 2020]. En relación con la propuesta modificada de Reglamento por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la UE y se deroga la Directiva 2013/32/UE, se recomienda la lectura de: Jiménez Carrero, J.A. (2022). *La complicada reforma del SECA (Sistema Europeo Común de Asilo). Un camino todavía por transitar para la Unión Europea*. Colex.

25 El considerando número 27 de la Directiva 2013/32 afirma que los nacionales de terceros Estados y los apátridas que hayan expresado su deseo de solicitar protección internacional son solicitantes de protección internacional y, en tal calidad, deben cumplir con las obligaciones y gozar de los derechos contemplados en la Directiva 2013/32 y en la Directiva 2013/33.

26 El artículo 2 letra b) de la Directiva 2013/32 define la solicitud de protección internacional como “la petición de protección formulada a un Estado Miembro por un nacional de un tercer país o un apátrida del que puede presumirse que aspira a obtener el estatuto de refugiado o el estatuto de protección subsidiaria”. A su vez, la letra c) del referido artículo define al solicitante como “el nacional de un tercer país o apátrida que ha formulado una solicitud de protección internacional sobre la cual todavía no se ha adoptado una resolución definitiva”.

27 Aunque el artículo 6.1 de la Directiva 2013/32 establece una clara distinción entre la formulación de la solicitud, su registro y su presentación, el artículo 3 de la misma no se refiere a las solicitudes registradas o presentadas, sino a las solicitudes formuladas. Existe un error de traducción en la versión española del artículo 3.1 de la Directiva 2013/32 donde dice “presentadas” debe entenderse “formuladas”, de forma que por medio del referido artículo se prevé que la Directiva se aplicará a todas las solicitudes de protección internacional formuladas (no presentadas) en el territorio de los Estados miembros incluidas las fronteras, y en particular en las aguas territoriales. Igualmente, el artículo 3.1 de la Directiva 2013/33 dispone que la misma será de aplicación a todos los nacionales de terceros

el TJUE²⁸ ha matizado que, los Estados miembros no pueden someter a los potenciales solicitantes, a su antojo, a un tiempo de espera excesivo antes de que puedan formular la solicitud, pues ello supondría vaciar de contenido el derecho de estas personas a acceder al procedimiento de concesión de la protección internacional, que tiene a su vez por objeto hacer efectivo el derecho de asilo consagrado en el artículo 18 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

De otro lado, cabe preguntarse cuáles son las autoridades ante las que se considera formulada la solicitud de protección internacional. Para ello, se debe, en primer lugar, hacer mención al deber de los Estados miembros de designar para todos los procedimientos una autoridad decisoria responsable de tramitar las solicitudes de protección internacional, en virtud de lo establecido en el artículo 4.1 de la Directiva 2013/32²⁹. Ahora bien, para de-

países y apátridas que formulen (no presenten) una solicitud de protección internacional en el territorio de un Estado miembro, incluida las fronteras y en particular en las aguas territoriales. De esta forma se puede concluir, como se verá más adelante, que lo determinante en cuanto al ámbito de aplicación de ambas Directivas es la formulación de la solicitud de protección internacional.

28 Asunto Comisión Europea contra Hungría de 17 de diciembre de 2020, párrafo 55. En el mismo, se detalla como las personas que desean solicitar protección internacional en la frontera entre Serbia y Hungría son obligadas a soportar una espera de dieciocho meses antes de poder ser admitidas en alguna de las zonas de tránsito y de proceder así a formular su solicitud. De forma que, estas personas, quedan abandonadas en el territorio de Hungría por un tiempo innecesariamente largo dado que la autoridad húngara competente no considera la manifestación o la expresión de un temor de ser devuelto a su país, realizada fuera de una zona de tránsito, como formulación de una solicitud de protección internacional. Este amplio plazo de espera impide que los solicitantes potenciales formulen sus solicitudes de forma eficaz. Véanse párrafos 72 a 76.

29 De acuerdo con el artículo 2 letra f) de la Directiva 2013/32, una autoridad decisoria es “cualquier organismo cuasi – judicial o administrativo de un Estado miembro responsable del examen de las solicitudes de protección internacional y competente para dictar resoluciones en primera instancia en tales casos”. Los Estados miembros deben garantizar que la autoridad decisoria “cuenta con los medios apropiados, incluido personal competente en número suficiente”. Este requisito se establece en el apartado 3 que explica que la persona debe estar adecuadamente formado y que dicha formación deberá incluir los elementos establecidos en el Reglamento de la EASO. [Reglamento (UE) 439/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2010, por el que se crea una Oficina Europea de Apoyo al Asilo (*DOUE* L 132/11 de 19 de mayo de 2010)]. Esta formación que se detalla en el artículo 4 y 6 del Reglamento de la EASO incluye, entre otras, formación sobre el acervo del Derecho internacional de los Derechos Humanos y el acervo de la Unión

terminar quiénes son esas “otras autoridades que es probable que reciban solicitudes de protección internacional sin ser competentes para su registro”, el artículo 6.1 no se remite en absoluto al derecho nacional, sino que enumera a una serie de autoridades que quedarían incluidas en el concepto de “otras autoridades”, tales como policías, guardias de fronteras, autoridades de inmigración y personal de los centros de internamiento. Este precepto ha sido interpretado por el TJUE en el citado V.L, donde el Tribunal español remitente plantea, entre otras cuestiones, si debe considerarse a los jueces y juezas de instrucción, que en virtud del derecho español son competentes para resolver sobre el internamiento de extranjeros, como una de esas “otras autoridades”, que reciben formulaciones de solicitudes de protección internacional sin tener competencias para su registro. El TJUE aclara que la enumeración de autoridades establecida en el 6.1 (policías, guardias de fronteras, autoridades de inmigración y personal de los centros de internamiento) no es exhaustiva, y por lo tanto, aboga por una concepción amplia del concepto de “otras autoridades”³⁰. En efecto, se subraya que la elección del adjetivo “otras”, atestigua la voluntad del legislador de la Unión de optar por una definición abierta del círculo de autoridades que incluya a una pluralidad de autoridades tanto judiciales como administrativas. En este sentido, se ha señalado³¹ la importancia de incluir en el concepto “otras autoridades” a las autoridades judiciales, puesto que en muchos casos se trata de la única autoridad ante

sobre asilo, las técnicas de entrevista, las cuestiones relacionadas con la tramitación de las solicitudes de asilo de menores y personas vulnerables con necesidades específicas y las cuestiones relacionadas con la elaboración y utilización de la información del país de origen. El artículo 4, apartado 2, contiene dos excepciones por las que los Estados miembros pueden distanciarse del principio de una autoridad decisoria y designar otra autoridad responsable diferente de la autoridad decisoria. La primera excepción está relacionada con la tramitación de los casos de conformidad con el Reglamento de Dublín III [Reglamento UE 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (DOUE L 180/31 de 29 de junio de 2013)], y la segunda, versa sobre la toma de decisiones relativas a la concesión o denegación de autorizaciones de entrada al territorio de conformidad con los procedimientos fronterizos recogidos en el artículo 43 de la misma Directiva. En estos casos, el Estado miembro deberá garantizar que el personal de la autoridad correspondiente tenga los conocimientos adecuados o reciba la formación necesaria para cumplir sus obligaciones.

30 Asunto V.L de 25 de junio de 2020, párrafos 56 a 68.

31 Conclusiones del Abogado General Sr. Szpunar al asunto V.L, párrafos 60 y 61.

la que un nacional de un tercer Estado o apátrida tiene la oportunidad de solicitar protección internacional. Además, debe tenerse en cuenta que, en los procedimientos rápidos y urgentes, en los que el acuerdo de devolución se dicta en menos de 24 horas desde la llegada a España del presunto solicitante, la declaración ante el Juez de Instrucción, con la debida asistencia de un letrado e intérprete, es el momento propicio para formular una solicitud de protección internacional³². Por consiguiente, prohibir a una autoridad judicial, como puede ser un Juzgado de Instrucción, que reciba solicitudes de protección internacional obstaculizaría el acceso efectivo al procedimiento.

Ahora bien, estas “otras autoridades” están obligadas cuando reciben solicitudes de protección internacional a remitir a los solicitantes al propio procedimiento, en virtud de lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 6.1. Para ello, deben informar a los solicitantes sobre dónde y cómo pueden realizar la presentación de la solicitud, y acto seguido, comunicar a la autoridad competente para el registro de solicitudes, la formulación de las mismas³³. La finalidad principal de esta obligación de información es garantizar que quienes necesiten protección internacional tengan acceso efectivo al procedimiento. En consecuencia, la información debe ser lo más completa posible,

32 Del resumen de los hechos, se desprende que V.L no solicitó protección internacional ante las dependencias de la Policía. El Ministerio Fiscal, por su parte, afirmó que el derecho a solicitar protección internacional no forma parte de los derechos de los que se informa durante su detención al nacional de un tercer Estado que se halla en situación irregular, por lo que se deduce que, en el caso de autos, el Juzgado de Instrucción era *de facto*, la única autoridad ante la que el nacional de un tercer Estado o un apátrida tiene la oportunidad de solicitar protección internacional. En las conclusiones del Abogado General (párrafo 63) se subrayó que aun cuando V.L hubiera sido informado del derecho a solicitar protección internacional durante su detención, hubiera sido necesario para garantizar la efectividad del acceso al procedimiento, que le hubiera informado en presencia de un intérprete de una lengua que pudiera comprender. Es decir que, si se le hubiera informado de dicho derecho, pero no en la lengua que comprende, el acceso efectivo al procedimiento seguirá estando viciado. A tal respecto, se menciona que, en el momento de la detención, el presunto solicitante estuvo asistido únicamente por un intérprete de francés, lengua que no comprendía, mientras que, en sede judicial, cuando manifestó su deseo de solicitar protección internacional, contó con la asistencia de un intérprete de lengua bambara (una de las lenguas nacionales de Mali).

33 Tal y como se verá en los apartados siguientes, esta interpretación queda corroborada por el artículo 6.1 que impone a los Estados miembros la obligación de velar por que la persona que haya formulado una solicitud de protección internacional tenga efectivamente la oportunidad de presentarla lo antes posible.

y debe incluir como mínimo los derechos y obligaciones básicos, explicación sobre en qué consiste la protección internacional, quién se considera refugiado o beneficiario de protección subsidiaria, así como información sobre cómo presentar la solicitud de protección internacional. No debe olvidarse que estas autoridades no son competentes para denegar el acceso al procedimiento de protección internacional, y es esencial que la remisión de la solicitud a la autoridad competente para su registro sea rápida y eficiente³⁴.

De otro lado, conviene señalar que el artículo 6.1 debe aplicarse en conjunción con el artículo 7. 3 y 4 de la Directiva 2013/32. Este precepto contiene reglas específicas sobre las condiciones en las que los menores pueden acceder al procedimiento. El apartado tercero establece que los Estados miembros deben garantizar que el menor tenga derecho a formular una solicitud de protección internacional por distintas vías, a saber, en su propio nombre si tiene capacidad jurídica para actuar en procedimientos con arreglo al Derecho del

34 Los Estados miembros, por su parte, deben velar por que estas “otras autoridades”, que es probable que reciban solicitudes de protección internacional, reciban la formación necesaria del nivel acorde a sus funciones y responsabilidades, así como instrucciones, para informar a los solicitantes sobre dónde y cómo pueden presentarse las solicitudes de protección internacional. Se observa en la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (EASO) y la Agencia europea de la Guardia de Fronteras y Costas (2016). *Guía práctica: Acceso al procedimiento de asilo*. (3, 17 y 21), que los guardias de fronteras y los funcionarios de primer contacto, tiene la responsabilidad de ser proactivos al garantizar el acceso efectivo al procedimiento de asilo, e igualmente tienen el deber de identificar a personas que puedan ser potenciales solicitantes de protección internacional, informarles del derecho a solicitar asilo, así como facilitarles información sobre cómo formular la solicitud. De esto se deduce la voluntad del legislador europeo de facilitar la formulación de las solicitudes de protección internacional en las fronteras, y en particular en las aguas territoriales. En relación con la identificación de las necesidades especiales de las personas vulnerables, existe una herramienta práctica diseñada por la EASO para la identificación de personas con necesidades especiales (IPSN), disponible en: <https://ipsn.easo.europa.eu> (última consulta en noviembre de 2022). Debido al impacto de la COVID-19, la importancia del deber de información que deben proporcionar estas autoridades a los solicitantes se ha multiplicado. En efecto, el personal de estas otras autoridades debe disponer de información sobre cualquier cambio temporal en los procedimientos de acceso al procedimiento que se haya producido por la pandemia, como el horario reducido de las autoridades, el acceso restringido del público y la posibilidad de comunicarse a distancia por vía telemática, etc. Véase: Comisión Europea, Comunicación de la Comisión, COVID-19: Directrices sobre la aplicación de las disposiciones pertinentes de la UE en materia de procedimientos de asilo y retorno y de reasentamiento, página 3 (DOUE C 126/12 de 17 de abril de 2020).

Estado miembro de que se trate, a través de sus padres u otros adultos, o de un adulto responsable de él en virtud de la legislación del Estado miembro en cuestión, o a través de un representante. El apartado cuarto concede salvaguardas adicionales para menores no acompañados que son objeto de procedimientos de retorno con arreglo a la Directiva de retorno³⁵, esto es, menores no acompañados que se encuentren en situación irregular en un Estado miembro. Esta disposición obliga a los Estados miembros a garantizar que los servicios que brindan asistencia a estos menores puedan presentar una solicitud de protección internacional en su nombre, con arreglo al artículo 10 de la Directiva de retorno si, sobre la base de una evaluación individual, consideran que el menor puede tener necesidad de protección internacional³⁶.

35 Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, (*DOUE* L 348 de 24 de diciembre de 2008).

36 El artículo 10, apartado 1, de la Directiva de retorno reza: “Antes de dictar una decisión de retorno respecto de un menor no acompañado, se concederá la asistencia de los servicios pertinentes distintos de las autoridades encargadas de la ejecución del retorno, teniendo debidamente en cuenta el interés superior del niño”.

En relación con esta cuestión nos gustaría señalar que en el año 2021, el Consejo de Ministros aprobó el Real Decreto 903/2021, de 19 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de la Ley de Extranjería, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (*BOE* núm.251 de 20 de octubre de 2021). El objetivo de la norma es modificar el régimen jurídico de menores y extutelados para favorecer su integración. A tal respecto, el artículo 35.7 de la LEOx dispone que la residencia de los menores que sean tutelados en España por una Administración Pública o, en virtud de resolución judicial, por cualquier entidad, se considerará regular. Sin embargo, la falta de documentación de estos menores plantea en la práctica dificultades no solo mientras mantienen esta condición sino, especialmente, en el momento en el que cumplen los dieciocho años y acceden a la mayoría de edad. Como consecuencia de ello, muchos menores no acompañados se ven abocados, en el momento de cumplir su mayoría de edad, a una situación de irregularidad sobrevenida. La reforma del Reglamento de extranjería tiene por tanto la finalidad de suprimir los obstáculos que impiden la documentación del menor extranjero no acompañado tutelado por una entidad pública y diseñar un régimen de residencia en el momento en el que accede a la mayoría de edad, alargando la duración de las autorizaciones de residencia y permitiendo que los jóvenes extutelados que ahora tienen entre 18 y 23 años y que se han visto abocados a la irregularidad sobrevenida puedan acceder a una autorización de trabajo. De la importancia que tiene esta reforma, y de la preocupación que suscitaba la situación que generaba, da una idea la participación de hasta 11 Comunidades Autónomas, además de particulares y entidades del tercer sector, en su elaboración, que han buscado una flexibilidad de la nor-

Estas reglas completan las garantías específicas para menores no acompañados que se recogen en el artículo 25 de la Directiva 2013/32. Si bien, conviene mencionar que cuando un menor no acompañado solicita protección internacional, los servicios de protección de menores se hacen cargo de él y ponen en conocimiento del Ministerio Fiscal este hecho. En estos casos, se nombra un representante legal del menor no acompañado, que actuará en su nombre durante el procedimiento. Del artículo 25, apartado 6, y del considerando 33 de la Directiva 2013/32 se desprende que el interés superior del menor deberá ser una consideración principal para los Estados miembros en la implementación de esta Directiva. En el caso del artículo 7.4, esto implica, que para poder garantizar que los menores no acompañados tengan acceso efectivo a los procedimientos, los Estados miembros deber cerciorarse de que el personal del servicio responsable de prestar asistencia a dichos menores es capaz de identificar sus necesidades de protección³⁷. Sin embargo, a menudo, los menores se encuentran sometidos a una serie de impedimentos que dificultan la formulación de la solicitud de protección internacional. Este es el caso de los menores separados, es decir, aquellos que viajan con un familiar, que en ocasiones se encuentran impedidos de acceder al procedimiento por no estar en compañía del tutor legal que ratifique su solicitud³⁸. Esta problemática vulnera el artículo 7.3 de la Directiva 2013/32 que estipula el derecho del menor a formular una solicitud de protección internacional.

En último lugar, conviene hacer una breve mención a los derechos de los

ma, homologándola con países de nuestro entorno. A tal respecto, una de las principales novedades de dicha normativa es la modificación del artículo 196.1 del Reglamento de la LOEx con el fin de reducir de 9 a 3 meses el plazo para iniciar, de oficio, por orden superior o a instancia de parte, el procedimiento relativo a la autorización de residencia (art. 35.7 LOEx). Mediante la reducción de este plazo, la Oficina de Extranjería competente no esperará al transcurso de nueve meses para iniciar sus actuaciones respecto a la documentación de los menores extranjeros no acompañados, sino que estas se iniciarán una vez transcurridos noventa días. Con este sistema se pretende garantizar la identificación y documentación *ab initio* de la persona sin que ello impida, en caso de que pueda procederse a la repatriación, que esta se efectúe.

37 Véase: EASO (2018). *Análisis judicial, procedimientos de asilo y principio de no devolución*, (39).

38 Barrio Lema, C.I; Castaño Reyero, M.J; Díez Velasco, I. (2019). *Colectivos vulnerables en el sistema de asilo. Una aproximación a las necesidades de la infancia, personas LGTBI+ y víctimas de trata*, Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones, La Merced Migraciones.

que gozan los solicitantes en tal calidad y que en el Ordenamiento jurídico español se determinan en el artículo 16.2 de la Ley 12/2009³⁹. Principalmente son el derecho a asistencia sanitaria y a asistencia jurídica gratuita, que se extenderá a la formalización de la solicitud y a toda la tramitación del procedimiento, así como el derecho a intérprete⁴⁰. Del mismo modo, los solicitantes, de conformidad con el artículo 9 de la Directiva 2013/32, estarán autorizados a permanecer en el Estado miembro en cuestión, únicamente a efectos del procedimiento, hasta que la autoridad decisoria (con arreglo al artículo 4.1), haya dictado una resolución⁴¹. Si bien, este derecho a permanecer no consti-

39 Al establecer los derechos de las personas solicitantes hay que diferenciar, por un lado, los derechos para el ejercicio de la solicitud, estos son los enumerados en el artículo 16.2 Ley 12/2009, y por otro, los derechos derivados de la presentación de la solicitud que se verán en el apartado correspondiente (art. 17 y 18 Ley 12/2009)

40 Establece el artículo 16.2 que estos derechos se prestarán en los términos previstos en la legislación española en la materia y en los términos del artículo 22 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE número 10 de 12 de enero de 2011). El artículo 22 de la Ley Orgánica 4/2000 dispone, por un lado, que los extranjeros que se hallen en España tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción, en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles. Por otro lado, se especifica que los extranjeros que se hallen en España tienen derecho a asistencia letrada en todos los procedimientos en materia de protección internacional, así como a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua. Estas asistencias serán gratuitas cuando carezcan de recursos suficientes según los criterios establecidos en la normativa reguladora del derecho de asistencia jurídica gratuita, Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita (BOE, núm. 11, de 12 de enero de 1996). Es también menester señalar que en los procedimientos señalados en el artículo 21 de la Ley 12/2009, es decir, las solicitudes presentadas en puestos fronterizos la asistencia jurídica será preceptiva.

41 En relación con el derecho de permanencia, el TJUE ha manifestado en el asunto *J. N. y Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, de 15 de febrero de 2016, que como norma general es un derecho absoluto que solo puede quedar limitado en las situaciones específicas que se describen en el precepto (TJUE, asunto *J. N. y Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, de 15 de febrero de 2016, C- 601/15 PPU, EU:C:2016:84, párrafo 74).

En virtud del apartado segundo del artículo 9 solo se admite una excepción al derecho de permanencia en el territorio del Estado miembro en las dos situaciones que se describen, esto es, cuando una persona haga una solicitud posterior, que entre dentro del alcance de las excepciones a este derecho, tal y como se especifica en el artículo 41 de la Directiva 2013/32, o cuando un Estado miembro vaya a entregar o a extraditar a una persona bien, a otro Estado miembro en virtud de obligaciones derivadas de una orden de detención europeo u otro tipo de mandamiento, o bien, a un tercer país o ante órganos jurisdiccionales

tuirá un derecho a obtener un permiso de residencia. Por lo tanto, se deduce que el derecho de permanencia implica solo el derecho a no ser expulsado a la fuerza del territorio del Estado miembro durante el examen de la solicitud de protección internacional.

La actual Ley española de asilo y protección subsidiaria prohíbe el retorno o la devolución desde el momento que se presenta la solicitud de protección internacional en el artículo 19.1. Además, en caso de que estuviera en curso una orden de devolución, expulsión o extradición, esta se suspenderá como consecuencia de haber solicitado protección internacional [artículo 18.1 d)]⁴².

penales internacionales. Con respecto a la extradición a un tercer país, conviene señalar que de la lectura del apartado tercero del artículo 9 se desprende que el destino no puede ser el país de origen de un solicitante de protección internacional sin el examen exhaustivo previo de su solicitud. El derecho a no ser extraditado sin el examen exhaustivo de un supuesto riesgo de persecución o daños graves en el Estado de solicitud se encuentra garantizado generalmente por el artículo 19 de la Carta de la Unión Europea, así como por el artículo 13 en relación con el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y por el artículo 33 de la Convención de Ginebra. Véase: Vedsted-Hansen, J. (2016). Article 9 APD (recast). En Halibronner, K.; Thym, D. (eds.) *EU Immigration and Asylum Law: A Commentary*, 2º Edition, (pp. 1310-1311). C.H. Beck / Hart/Nomos; Guild, E. (2014). Article 19. Protection in the Event of Removal, Expulsion or Extradition. En Peers, S. *et al.* (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, (pp. 548-553). Hart. En cuanto a los artículos 13 y 3 del CEDH, véase las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), asunto MSS v Belgium and Greece, demanda N.º 30696/09, de 21 de enero de 2011, nota a pie de página 174, apartados 286-293 y 321; TEDH, Sentencia de 6 de junio de 2013, Mohammed v. Austria solicitud 2283/12, apartado 81.

42 Hay que recordar que, aunque el principio de “no devolución” es una de las garantías más importantes de las que gozan quienes sufren una amenaza grave de peligro para su vida o su integridad física, o riesgo de sufrir tratos inhumanos, degradantes o torturas en caso de ser devueltos o entregados a otro Estado, el Estado español, sin embargo, se realiza devoluciones de personas sin verificar previamente si son potenciales solicitantes de protección internacional. Gran parte de los extranjeros que entran en territorio español por puestos no habilitados, especialmente en Ceuta y Melilla y que son trasladados a CIE antes de ser expulsados, proceden de países en los que existen graves conflictos bélicos y, por tanto, pueden necesitar protección internacional. Tradicionalmente, se han recibido quejas tras comprobar que las fuerzas y cuerpos de seguridad que prestan servicios en las fronteras de las ciudades de Ceuta y Melilla, o que han interceptado a extranjeros en el mar, han entregado a estas personas a la policía marroquí obviando la posibilidad de que se tratara de personas que necesitan protección internacional. Asimismo, continúan produciéndose las denominadas “devoluciones en caliente” una práctica que no respeta el principio de no devolución y sobre la que el TEDH se ha pronunciado recientemente. En el caso *N.D y N.T* contra Es-

pañá, el TEDH da un giro copernicano en su posición sobre los retornos de nacionales de terceros Estados desde España a Marruecos, práctica que ha sido instaurada en nuestro ordenamiento por medio de la Disposición Transitoria 1^o de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (BOE número 77 de 31 de marzo de 2015) con el eufemístico término de “rechazo en frontera” y que se desarrolla en la Disposición Adicional décima de la Ley de Extranjería. A pesar de que la decisión sobre el caso dictada en octubre de 2017 (STEDH, N. D. y N. T. c. España, de 3 de octubre de 2017 (demandas N.º 8675/15 y 8697/15), disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-177683> (última consulta noviembre de 2022) supuso un avance en la protección de los derechos de las personas migrantes y refugiadas, en esta ocasión la resolución implica un retroceso en el reconocimiento de estos. El TEDH considera que los demandantes se expusieron por sí mismos a una situación irregular al intentar entrar deliberadamente en territorio español de forma no autorizada. En consecuencia, se señala que el arresto e inmediata devolución sin el debido procedimiento, fueron consecuencia de su propia conducta. En atención a esta pretensión, se ha recurrido ante el Tribunal Constitucional la constitucionalidad de la Disposición referida por vulnerar los artículos 9.3, 106 y 24 CE en tanto que el procedimiento de devolución permite la adopción de decisiones arbitrarias, no sujetas a revisión judicial y que privan del derecho a la tutela judicial efectiva. El recurso ha sido resuelto en fecha 19 de noviembre de 2020 (número 2896-2015). En el mismo, el Tribunal ha hecho suyos algunos de los argumentos con lo que Estrasburgo amparó estas prácticas y manifiesta que el rechazo será conforme con la doctrina del TEDH siempre que “se traten de entradas individualizadas, (...) que exista pleno control judicial (...), y en cumplimiento de las obligaciones internacionales, debiendo ser reales y efectivos los procedimientos de entrada legal en territorio español. De conformidad con el Tribunal, mientras existan vías legales de acceso al territorio, las personas que intenten entrar en España habrán de hacer uso de estas, pudiendo ser rechazadas aquellas personas que no hagan uso de ellas. La resolución cuenta con un voto particular, en el que se considera que no es posible realizar un control judicial y respetar las obligaciones internacionales sin la existencia de un mínimo procedimiento que permita singularizar cada acto de rechazo, vulnerándose por tanto el derecho a la tutela judicial efectiva, los principios de responsabilidad e interdicción de arbitrariedad, el control judicial de la legalidad de las actuaciones administrativas. Para mayor profundización sobre este asunto, se recomienda las lecturas de: Thym, D. (2020). A restrictionist revolution? A counter – intuitive Reading of the ECtHR’s N.D and N.T. – Judgment on “Hot Expulsions, *EU Immigration and Asylum Law and Policy*. Disponible en: <http://eumigrationlawblog.eu/a-restrictionist-revolution-a-counter-intuitive-reading-of-the-ecthrs-n-d-nt-judgment-on-hot-expulsions/> (última consulta noviembre de 2022); Fernández Pérez, A. (2021). La ilegalidad del rechazo en frontera y de las devoluciones “en caliente” frente al Tribunal de Derechos Humanos y al Tribunal Constitucional. *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 13, N.º. 2, 190-208; Soler García, C. (2018). La prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial referencia al caso de España. *Revista General de Derecho Europeo*, N.º 45, 107-160.

2.2. Segunda fase: registro de la solicitud

De conformidad con el artículo 6.1 de la Directiva 2013/32, una vez formulada la solicitud de protección internacional, las autoridades competentes deben registrarla en un plazo determinado. Si la solicitud ha sido formulada ante una autoridad que es responsable de registrar la misma, el registro se realizará en el plazo máximo de los tres días hábiles siguientes a la formulación. Si, por el contrario, la solicitud de protección internacional se hubiese formulado ante otra autoridad que, pese a ser probable que reciba tales solicitudes, no es competente para registrarlas, el registro se debe realizar en el plazo máximo de seis días hábiles siguientes a la formulación⁴³. Cabe decir, por lo tanto, que, el registro de la solicitud de protección internacional en el plazo de los tres o de los seis días hábiles siguientes a su formulación es una obligación que incumbe exclusivamente a la autoridad competente para el registro, y no a la persona que formula la solicitud⁴⁴. No obstante, se subraya que el registro de la solicitud no presupone que se haya presentado la misma, sino que solo se considerará presentada una solicitud, tal y como veremos en el apartado siguiente, cuando se hayan completado las formalidades administrativas pertinentes⁴⁵.

Aunque la Directiva 2013/32 exige que se proceda al registro en un plazo determinado, en la Ley 12/2009 no se recoge un procedimiento específico, ni un plazo concreto para el registro de las solicitudes de protección internacional. Esto ha supuesto una traba en el acceso al procedimiento, puesto que el registro de la solicitud varía en función de la provincia donde se realice. En el caso de la provincia andaluza de Málaga, por ejemplo, el registro se realiza el mismo día en que las personas interesadas acuden a la comisaría de policía para solicitar protección⁴⁶. En cambio, en otras provincias, como Madrid,

43 En circunstancias excepciones, se prevé en el artículo 6.5 que cuando la formulación de numerosas solicitudes simultáneas haga muy difícil en la práctica respetar el plazo previsto, este pueda ampliarse hasta a diez días hábiles.

44 Abogado General Sr. Szpunar en las conclusiones realizadas al asunto V.L, Párrafo 97.

45 Véase: Vedsted-Hansen, J. (2016). Article 6. En Halibronner, K.; Thym, D. (eds.) *EU Immigration and Asylum Law: A Commentary*, 2º Edition, (pp. 1306 - 1308). C.H. Beck / Hart/Nomos.

46 A la vez que se registran sus datos, se expide un documento de “manifestación de voluntad de solicitar protección internacional” con la fecha de la entrevista de formalización de la solicitud. Véase: CEAR (2020). *Informe anual 2020: las personas refugia-*

Barcelona o Bilbao, se produce una demora de siete meses para estos mismos trámites⁴⁷. Esta disparidad de situaciones supone una falta de garantías en el acceso al procedimiento y, además puede poner en peligro la vida e integridad de estas personas ya que pueden ser expulsados antes de que se inicie los trámites para que se formalice su demanda, puesto que no hay constancia de la manifestación de su voluntad de solicitar protección internacional. Mientras no exista una regulación específica para registrar las solicitudes, se deberá acudir a la legislación supletoria, en este caso, a la Ley de procedimiento administrativo común⁴⁸ que exige a las oficinas de registro facilitar a los interesados un código de identificación de la solicitud o un recibo que acredite la misma⁴⁹. Para ello, es necesario que se adopten medidas e instrucciones para que la voluntad de solicitar protección internacional sea canalizada de manera inmediata, lo que significa registrar inmediatamente la solicitud y entregar una copia de esta, a fin de que surta los efectos jurídicos que conlleva la condición de solicitante, y entre ellos, la suspensión de los procedimientos de expulsión y devolución⁵⁰.

das en España y Europa, (76). Disponible en: <https://www.cear.es/informe-cear2020/> (última consulta en noviembre de 2022).

47 En el caso del CIE de Madrid se ha constatado que, a pesar de que los internos habían manifestado su deseo de solicitar protección internacional, no se les había facilitado el acceso a dicho procedimiento puesto que su deseo de solicitar protección no se registra, ni se les entrega ningún recibido que acredite que han manifestado esta intención. Véase, Defensor del Pueblo (2019). *Informe Anual de 2019, Volumen I. Informe de Gestión*, (Informes. 242).

48 La Disposición adicional primera de la mencionada Ley 39/2015 dispone en su apartado 2 d) que las actuaciones y procedimientos en materia de extranjería y asilo se regirán por su normativa específica y supletoriamente por lo dispuesto en dicha Ley. En el mismo sentido, la Disposición adicional séptima de la Ley de Asilo establece que “en lo no previsto en materia de procedimiento en la presente ley, será de aplicación con carácter supletorio la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”, mención que debe entenderse hecha a la vigente Ley 39/2015 [Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE número 236 de 2 de octubre de 2015)]

49 El artículo 66 de la Ley 39/2015 “Solicitudes de iniciación”, dispone que las oficinas de asistencia en materia de registros estarán obligadas a facilitar a los interesados el código de identificación si el interesado lo desconoce, y en su apartado 3 establece lo siguiente: “De las solicitudes, comunicaciones y escritos que presenten los interesados electrónicamente o en las oficinas de asistencia en materia de registros de la Administración, podrán estos exigir el correspondiente recibo que acredite la fecha y hora de presentación”.

50 El incumplimiento sistemático del plazo establecido en la Directiva es un objeto

De otro lado, resulta esencial que haya un registro preciso y riguroso de los datos e información pertinentes desde el inicio ya que esto contribuye a garantizar la integridad de los sistemas de protección y combatir el fraude⁵¹.

constante de preocupación para el Defensor del Pueblo el cual ha manifestado que son numerosas las quejas de ciudadanos ante la imposibilidad de obtener una cita previa que les permita el acceso al procedimiento de protección internacional. A tal respecto, la Comisaría General de Extranjería y Fronteras reconoció en 2020 la existencia de graves retrasos, dado el aumento de solicitantes de protección internacional desde 2015, y la necesidad de documentarles con la tarjeta roja, que se renueva cada seis meses. Dichas demoras se agravaron por la situación sanitaria y generaron una acumulación de carga de trabajo, que no se ha solucionado en 2022. La Instrucción conjunta para la formalización de las solicitudes de protección internacional que fue adoptada el 30 de abril, entró en vigor el 19 de mayo 2021 establecía que el acceso al procedimiento no se puede condicionar a la presentación de documentación acreditativa de condición alguna (por ejemplo, pasaporte o título de viaje, documento de identidad, certificado de empadronamiento, certificado de ONG, entre otros). Sin embargo, a pesar de ello, se siguen recibiendo quejas que exponen que, en diversas provincias, la Policía Nacional exige la presentación del certificado de empadronamiento para solicitar protección internacional. Del mismo modo, el Defensor del Pueblo deja constancia de la no aceptación, por parte del ministro del Interior, de la Recomendación formulada para que se haga constar el Número de Identidad de Extranjero (NIE) asignado en el documento de manifestación de la voluntad de solicitar protección internacional, a fin de evitar las dificultades derivadas de no estar debidamente identificado. Al desconocer el NIE que se les ha asignado, no pueden identificarse ante las Administraciones Públicas o en el ámbito privado, lo cual constituye un obstáculo para la realización de multitud de trámites cotidianos y necesarios. Véase: Defensor del Pueblo (2021). *Informe Anual de 2021*, (152 y 153).

51 Véase: ACNUR (2017). *Documento de discusión del ACNUR sobre procedimientos acelerados y simplificados en la Unión Europea*, (6-8). Como resultado del aumento de solicitudes de protección internacional entre 2015 y 2016, muchos Estados miembros adoptaron nuevas medidas para agilizar los procedimientos de registro e identificación. En este sentido, el ACNUR en algunas operaciones ha fusionado el registro con la determinación de la condición de persona solicitante, pero solo en aquellos casos en que se ha aplicado un enfoque *prima facie* que se utiliza en situaciones de gran afluencia de personas solicitantes de asilo de una misma nacionalidad y cuando no es posible, a la vista de las limitaciones recursos, realizar una determinación de la condición de persona solicitante individualizada. Por su parte, el artículo 27.2 de la propuesta de Reglamento por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional aborda las situaciones en las que un gran número de personas solicitan protección internacional y se establece que la información adicional necesaria para el examen de la solicitud puede ser recopilada desde el momento del registro. Ver también ACNUR, Directrices sobre Protección Internacional No. 11: Reconocimiento *prima facie* de la condición de refugiado, en

Si bien, el artículo 6.1 de la Directiva 2013/32 no establece más detalles sobre el procedimiento de registro, por esta razón, en la propuesta modificada de la Directiva 2013/32⁵² elaborada por la Comisión, se establecía que, las autoridades responsables del registro de las solicitudes también deberán registrar la información relativa a los datos personales del solicitante, fecha de la solicitud, lugar en que se realiza y autoridad ante la cual se realiza la solicitud, así como la existencia de necesidades específicas que pueden producir la priorización de la solicitud, y los vínculos familiares que la persona mantenga dentro del territorio de la Unión Europea.

el Manual sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado y directrices sobre protección internacional, 2019, página 203.

52 Véase el artículo 20.1 y 27 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión, *op. cit.*, 2016, página 57. Todo dato personal recopilado durante el registro de la solicitud de protección internacional debe considerarse parte del archivo del solicitante y guardarse durante varios años, ya que los nacionales de terceros países o apátridas que soliciten protección internacional en un Estado miembro podrían intentar solicitar protección internacional en otro Estado miembro o presentar otras solicitudes posteriores en el mismo u otro Estado miembro en los años siguientes. Teniendo en cuenta que la mayor parte de los nacionales de terceros países o apátridas que hayan permanecido en la Unión durante varios años habrán obtenido el estatuto de residente o incluso la ciudadanía de un Estado al cabo de un periodo de diez años desde que se le concedió la protección internacional, este periodo debe considerarse necesario para conservar los datos personales, incluidos los dactiloscópicos y las imágenes faciales, véase página 38 de la propuesta. Adicionalmente, el Reglamento de Eurodac dispone en los artículos 9.1 y 11 que los Estados miembros deben tomar prontamente las huellas digitales de todos los dedos de cada solicitante de protección internacional de al menos 14 años, y deben, tan pronto como sea posible y no más tarde de 72 horas después de presentada la solicitud de protección internacional, transmitirlos junto con otra información relevante al Sistema Central. Véase Reglamento (UE) 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) no 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifica el Reglamento (UE) N.º 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia. (DOUE 180 de 29 de junio de 2013).

Hasta ahora hemos distinguido dos actos diferentes en el acceso al procedimiento. Por un lado, la formulación propiamente dicha de la solicitud de protección internacional por el nacional de un tercer Estado o persona apátrida, que ha sido objeto de estudio en el apartado anterior, y por otro, el registro de dicha solicitud por parte de la autoridad competente. Esta segunda fase implica una doble obligación por parte de los Estados miembros que, por un lado, deben registrar todas las solicitudes formuladas y, por otro, deben velar por que el solicitante tenga la oportunidad efectiva de presentar la solicitud lo antes posible, lo que conformaría la tercera y última fase del acceso al procedimiento.

2.3. Tercera fase: presentación de la solicitud

La persona que ha formulado una solicitud de protección internacional, una vez que la misma haya sido registrada por la autoridad competente para ello, debe tener efectivamente la oportunidad de presentarla lo antes posible, de conformidad con el artículo 6.2 de la Directiva 2013/32. El procedimiento de protección internacional se iniciaría con la presentación de la solicitud.

En el caso de España, el artículo 17.1 de la Ley 12/2009 recoge que la presentación de la solicitud deberá efectuarse mediante comparecencia personal de los interesados⁵³, en los lugares reglamentariamente establecidos y en el plazo máximo de un mes, desde la entrada en el territorio nacional del interesado, o desde que se produzcan los acontecimientos que justifiquen el temor fundado de persecución o daños graves⁵⁴.

53 La presentación se puede efectuar, en caso de imposibilidad física o legal, mediante un representante. En el caso de que sea un representante quien formalice la presentación de la solicitud a la persona interesada, que por imposibilidad física o legal no pudiera comparecer de forma personal, el artículo 17.1 *in fine* exige que posteriormente a la presentación la petición deberá ser ratificada por el interesado cuando el impedimento haya desaparecido.

54 En virtud del artículo 17.2 las entradas de forma irregular en el territorio español no podrán ser sancionadas cuando hayan sido realizadas por una persona que reúna los requisitos para ser beneficiario de la protección internacional. En el mismo sentido se expresa lo estipulado en el artículo 31.1 de la Convención de Ginebra. En la práctica, se observa que, en diversas ocasiones, las personas que necesitan de protección no pueden acceder al territorio español a través de los puestos habilitados, ni prevista de un pasaporte o documento de viaje en vigor que acredite su identidad, en los términos recogidos en el artículo 1.1 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la

Para conocer cuáles son los lugares en los que se puede presentar la solicitud de protección internacional hay que acudir al Real Decreto 2013/1995 de 10 de febrero⁵⁵, cuyo artículo 4 dispone que las solicitudes podrán formalizarse en uno de los lugares autorizados para ello, tanto en el territorio español, como en los puestos fronterizos de acceso al territorio. De esta forma, si la persona se encuentra en territorio español, podrá solicitar protección en la Oficina de Asilo y Refugio (OAR) con sede en Madrid⁵⁶, en cualquier oficina de extranjeros, en las comisarías de Policía autorizadas o comisarías de distrito que se señalen mediante Orden del Ministerio de Justicia e Interior, y en los CIE⁵⁷. La anterior Ley reguladora del derecho de asilo y de la

Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (*BOE* número 103 de 30 de abril de 2011). En relación con el Reglamento de extranjería, se debe señalar que recientemente se han modificado determinados preceptos y con efectos desde el 27 de julio de 2023, se suprime el Capítulo IV, por Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (*BOE* núm. 179 de 27 de julio de 2022).

55 Artículo 4 del Real Decreto 2013/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo (*BOE* número 52 de 2 de marzo de 1995).

56 La Subdirección General de Asilo, dependiente de la Dirección General de Política Interior del Ministerio del Interior, tiene la consideración de Oficina de Asilo y Refugio (OAR). La OAR fue creada por la disposición adicional única del Real Decreto 2013/1995 de 10 de febrero. Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Directiva 2013/32, la OAR centraliza la instrucción y tramitación de todas las solicitudes de protección internacional que se formalizan en España, tanto en territorio como en frontera, así como la tramitación y resolución de los expedientes de apátridas. El expediente finaliza en una propuesta de resolución que será elevada a la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio (CIAR) la cual decidirá la concesión o denegación de la protección internacional. La resolución adoptada en el seno de dicha Comisión debe ser firmada por el Ministerio del Interior.

57 Estos lugares son diferentes a los que se establecen en el artículo 16 de la Ley 39/2015, el cual establece que los documentos que los interesados dirijan a las Administraciones podrán presentarse en el registro electrónico de la Administración a la que se dirijan, en las oficinas de Correos y en las oficinas de asistencia en materia de registros. Esto es beneficioso siempre y cuando las autoridades que reciban la presentación de las solicitudes (policías, guardias de fronteras, agentes de inmigración, entre otros) tengan la adecuada formación en la materia para que otorguen la correcta asistencia a los so-

condición de refugiado (Ley 9/1994)⁵⁸, establecía la posibilidad de solicitar protección internacional en embajadas y consulados. Sin embargo, aunque el artículo 38⁵⁹ de la vigente normativa posibilita dicha opción, el precepto se limita a disponer que los embajadores podrán promover el traslado de una persona a España para hacer posible la presentación de la solicitud, y remite al Reglamento de desarrollo la regulación de tal procedimiento⁶⁰. Teniendo

licitantes. Por otro lado, en el artículo 5 de la propuesta de Reglamento de la Comisión Europea, se pretende que quien tramite las solicitudes sea un cuerpo especial de la EASO (Comisión Europea, *Propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión*, *op.cit.* páginas 42 y 43). Esto, en España puede suponer un problema en el procedimiento ya que entonces, el órgano encargado de iniciar el procedimiento sería incompetente y provocaría la nulidad del acto. A tal respecto, véase: Terrón Santos, D. (2016). Eficacia y validez de los actos administrativos en la nueva Ley de Procedimiento Administrativo de las Administraciones Públicas. En Rivero Ortega, R.; Calvo Sánchez, M^a. D.; Fernández Pablo, M.: *Instituciones de procedimiento administrativo común, Novedades de la Ley 39/2015*, editorial Juruá, (pp. 177 - 208).

58 El artículo 4 de la anterior Ley 9/1994, de 19 de mayo, de modificación de la Ley 5/1984 de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado (BOE núm. 122, de 23 de mayo de 1994), establecía en su apartado cuarto que, “la petición de asilo presentada ante una Embajada o Consulado españoles será cursada a través del Ministerio de Asuntos Exteriores”. Tal procedimiento fue desarrollado a través del Reglamento para la aplicación de la antigua Ley de Asilo que establecía un procedimiento de embajada formado por diferentes etapas, pudiendo alargarse considerablemente si se resolvía desfavorablemente y se accediera a la vía contenciosa-administrativa (Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo. Anterior a la modificación de la antigua Ley de Asilo por la Ley 9/1994, el Reglamento correspondía al Real Decreto 511/1985, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado)

59 Establece el artículo 38 que, con el fin de atender casos que se presenten fuera del territorio nacional, siempre y cuando el solicitante no sea nacional del país en que se encuentre la representación diplomática y corra peligro su integridad física, los Embajadores de España podrán promover el traslado del o de los solicitantes de asilo a España para hacer posible la presentación de la solicitud conforme al procedimiento previsto en esta Ley. El Reglamento de desarrollo de esta Ley determinará expresamente las condiciones de acceso a las Embajadas y Consulados de los solicitantes, así como el procedimiento para evaluar las necesidades de traslado a España de los mismos.

60 La disposición final tercera de la Ley 12/2009, instaba al Gobierno a desarrollar reglamentariamente la ley en un plazo de seis meses. Una década después, ese desarrollo

en cuenta, que más de 10 años después de la entrada en vigor de la actual disposición, este Reglamento aún no ha sido aprobado, resulta en la práctica imposible solicitar protección internacional fuera de España. De esta forma, se imposibilita una de las vías legales que tanto se ha venido reclamando en el marco de la crisis de refugiados⁶¹.

reglamentario no se ha producido, habiendo fracasado algunos intentos. En consecuencia, continúa vigente el Reglamento anterior (Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero), que, como se ha mencionado anteriormente, se corresponde con la anterior reforma legislativa del sistema de protección internacional (Ley 9/1994). Nos encontramos ante una situación inédita pues, hasta ahora, cada cambio legislativo había sido complementado con su propio reglamento de desarrollo. Esta postergación del nuevo Reglamento ha sido criticada tanto por el Defensor del Pueblo como por las organizaciones no gubernamentales, especialmente, tras el acelerado incremento de las solicitudes de protección internacional experimentado a partir de 2013. Véase: CEAR (2019). *Las personas refugiadas en España y Europa*. Disponible en: <https://www.cear.es/publicaciones-elaboradas-por-cear/informe-anual-de-cear/> (última consulta: noviembre 2022); Defensor del Pueblo (2019). *El asilo en España, la protección internacional y los recursos del sistema de acogida*, (53). Por otro lado, la falta de reglamento ha supuesto la apertura de espacios de interpretación, realzando el papel de la aplicación administrativa y de los órganos de control de dicha actuación administrativa. En este sentido, la práctica administrativa se mueve con un margen mayor de discrecionalidad y la Administración puede optar por una interpretación más restrictiva de la ley. Los solicitantes están obligados a acudir a la práctica administrativa o a la jurisprudencia para garantizar la aplicación efectiva de los Derechos Humanos. Véase: García Vitoria, I. (2018). Una década sin reglamento de Asilo en España. Obstáculos e interpretaciones divergentes, *Anuario CIDOB de la inmigración*, 116-128.

61 El Tribunal Supremo en la Sentencia de fecha 15 de octubre de 2020, ha reconocido el derecho a pedir protección internacional en las embajadas en el contexto de una familia kurdo-iraquí que llegó a Grecia en 2016 huyendo del conflicto bélico en Irak, donde después de no haber obtenido respuesta en su petición de protección internacional sin respuesta, pidieron ser trasladados a España en el marco del programa europeo de reubicación, pero solo fue aceptada la solicitud de la madre e hijas, teniendo el padre que permanecer en Grecia, solicitando en Embajada española protección internacional, sin respuesta. Para el Tribunal, la legislación española contiene elementos suficientes para realizar traslados de solicitantes de asilo por esta vía cuando el demandante corra peligro en su país de origen, sin que su aplicación quede supeditada al desarrollo reglamentario. Subraya la obligación de los representantes españoles de valorar si la integridad de los presuntos solicitantes corre peligro y en ese caso, promover su traslado a España para tramitar la solicitud. Para profundizar sobre esta cuestión, se recomienda la lectura de los siguientes artículos: Sánchez Legido, A. (2009). Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular: a propósito de la nueva Ley de Asilo, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N.º 18, 207-234; Fernández Burgueño, B. (2018). Solicitu-

Una vez se ha efectuado la presentación de la solicitud mediante comparecencia personal de la persona interesada en los lugares mencionados, la persona solicitante será entrevistada por el personal de la autoridad decisoria de forma individual⁶². A tal respecto, el ACNUR considera que la entrevista personal es un momento crucial mediante el que se proporciona al solicitante, la oportunidad de explicar de forma exhaustiva y directa las razones de su solicitud⁶³.

Para la celebración de la denominada primera entrevista, el solicitante debe solicitar cita previa⁶⁴. En el sistema de obtención de cita previa se observan importantes disfunciones y dificultades, destacando especialmente las demoras excesivas para obtención de esta. En general, existe una gran disparidad entre los diferentes municipios, ya que las citas se asignan en función del número aproximado de entrevistas que el servicio puede gestionar, por lo que, en ciudades andaluzas como Granada o Huelva las citan suelen tardar de

des de asilo patrocinadas presentadas en embajadas y consulados: un modelo basado en la experiencia española y en el programa canadiense de “private Sponsorsip”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Núm. 35, 7-0.

62 Excepcionalmente podrá requerirse la presencia de otros miembros de la familia. Durante el desarrollo de la entrevista, el solicitante deberá contestar a una serie de preguntas que se le harán sobre sus datos personales y debe explicar todas las causas que motivan la petición de protección internacional.

63 ACNUR (2017) *Mejorando los procedimientos de asilo: análisis comparativo y recomendaciones legales y prácticas* (27). Disponible en: http://www.acnur.es/PDF/7399_20120830130348.pdf (última consulta realizada en noviembre de 2022). A tal respecto, el ACNUR considera que los Estados deberían suprimir aquellas disposiciones de su ordenamiento nacional que permite la omisión de la entrevista personal basándose en que las cuestiones planteadas son irrelevantes, incoherentes, contradictorias, inverosímiles, insuficientes o que buscan solo retrasar o frustrar una expulsión.

64 La cita previa para celebrar la entrevista se solicita a través de la sede electrónica de Administraciones Públicas. Este sistema de petición de cita a través del Registro Electrónico Común se puso en marcha en octubre de 2018. Primero se debe seleccionar la provincia en la que la persona se encuentre y el trámite para el que se solicita la cita, en este caso, “solicitud de asilo” ante el cuerpo nacional de policía. <https://sede.administracionespublicas.gob.es/icpplustiem/citar?p=28&locale=es> (última consulta en noviembre de 2022). En los últimos años, se han dado problemas en diferentes ciudades como Madrid o Bilbao, donde cientos de personas pernoctaron a la intemperie en la puerta de una oficina de la policía nacional para acceder al cupo diario de citas que se ofrecían por la mañana. https://elpais.com/ccaa/2018/11/16/madrid/1542373300_461348.html (última consulta en noviembre de 2022).

un mes a cinco meses, pudiendo demorarse hasta más de un año en municipios como Santander⁶⁵.

Así pues, con el objeto de asegurar la debida seguridad jurídica, como de garantizar el acceso al procedimiento de protección internamiento mediante un sistema eficaz de cita previa, sería conveniente que se adoptaran diferentes medidas para paliar esta situación, como por ejemplo, el aumento de los medios materiales y de los recursos humanos, evaluaciones periódicas de la carga de trabajo o la implementación de medidas técnicas para favorecer el uso y el funcionamiento de la Administración electrónica⁶⁶.

65 Véase, Plataforma para el EPU por los derechos de las personas refugiadas, PlatRefugio (2018). *Exámen periódico Universal. Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en el sistema de protección internacional y acogida del Estado español*, (5).

66 El informe anual 2019 del Defensor del Pueblo (página 237 y siguientes), dedica un apartado a tratar esta cuestión, pues a juicio de esta institución debe revisarse con urgencia la colaboración de la Policía Nacional para afrontar la gestión de las peticiones de asilo, en cuanto a la asignación de citas previas, la realización de entrevistas de asilo y la expedición de documentación. En 2020, el Defensor del Pueblo formuló varias recomendaciones a la Secretaría de Estado de Migraciones y a la Secretaría de Estado de Política Territorial, con el fin de que se revisara de manera urgente la aplicación informática de la cita previa de extranjería de la Sede Electrónica de Administraciones Públicas y se adoptaran las medidas técnicas necesarias para garantizar el derecho de los ciudadanos a solicitar y obtener en tiempo y forma una cita. Asimismo, se recomendó analizar la suficiencia de las plantillas destinadas a realizar los trámites de extranjería en delegaciones y subdelegaciones del Gobierno, sin tomar como única variable los tiempos medios de resolución de expedientes o el número asignado a cada funcionario, sino comparando el número de citas pendientes o de extranjeros en esa provincia con tarjetas de residencia o de solicitud de asilo en vigor. Aunque se hayan adoptado medidas materiales y de recursos humanos para paliar esta situación, el Defensor del Pueblo considera que son insuficientes para dar respuesta a una demanda creciente de solicitudes de protección internacionales. Recomendaciones disponibles en: <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/dificultades-para-concertar-cita-previa-para-solicitarasilo/> (última consulta realizada en diciembre de 2022).

No debe olvidarse el hecho de que estar debidamente documentado constituye un derecho, pero también una obligación para todo ciudadano extranjero, imprescindible para la realización de multitud de trámites con las administraciones públicas y en el ámbito privado. Recientemente se han formulado nuevas recomendaciones a la Dirección General de Migraciones, con el fin de dictar instrucciones, en coordinación con las autoridades policiales, para que de modo conjunto con la resolución que conceda autorización de residencia, o de estancia, se asigne cita previa para la emisión de la correspondiente Tarjeta de Identidad de Extranjero. Además, se ha recomendado que se haga constar en las resoluciones que conceden autorización de residencia y trabajo, que dicha resolución

Con carácter general, la entrevista es el momento en el que las personas solicitantes tienen la posibilidad de narrar su historia en un espacio seguro. Por ello, es importante que la entrevista se realice en un lugar donde pueda garantizarse de forma adecuada la confidencialidad de la información y la seguridad de la persona⁶⁷. Sin embargo, en nuestro país, muchas entrevistas se realizan en las dependencias generales de la policía, sin garantizar la intimidad y privacidad de este trámite. Este hecho es *per se* una vulneración de derechos en el caso de personas en situaciones de vulnerabilidad⁶⁸.

De acuerdo con la EASO, en la entrevista se pueden distinguir cinco fases, a saber, la apertura, el desarrollo de la entrevista, el contenido de esta, el cierre y la grabación⁶⁹. En cada una de estas fases, se deben cumplir con las

habilita para acceder al mercado laboral, darse de alta en la Seguridad Social así como para realizar el resto de trámites que precisen, sin perjuicio de la presentación de la correspondiente Tarjeta de Identidad de Extranjero, una vez que se expida. Esta dificultad para acceder a citas afecta por igual a todo tipo de trámites que deben realizar los ciudadanos extranjeros, ya sean comunitarios, menores de edad cuyo interés superior obliga a la Administración a adoptar el principio de *favor minoris*, extranjeros en régimen general que están obligados a tramitar su documentación en un plazo determinado, solicitantes de protección internacional, así como otros casos con urgentes. Todo ello conlleva multitud de dificultades a la hora de acceder al mercado laboral, causar alta en la Seguridad Social o realizar distintos trámites administrativos, bancarios, etcétera. Por consiguiente, esta situación resulta incompatible con los principios del servicio efectivo a los ciudadanos, simplicidad, claridad, proximidad y eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos previstos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. De acuerdo con ello, al objeto de asegurar la debida seguridad jurídica y evitar los graves perjuicios sufridos por los ciudadanos extranjeros, es necesario adoptar medidas para paliar esta situación, principalmente la falta de coordinación entre las distintas administraciones implicadas, así como la ausencia de medios personales y técnicos suficientes para afrontar la carga de trabajo que soportan las comisarías que realizan los distintos trámites de extranjería.

67 Diferentes estudios apuntan que las dependencias utilizadas en España para la realización de las entrevistas no son las adecuadas y no garantizan la confidencialidad a la que alude el artículo 15 de la Directiva 2013/32. La situación, sobre todo en puertos y aeropuertos es muy precaria tanto para los solicitantes de protección internacional, como para los agentes de policía que realizan dichas entrevistas. Barrio Lema, C.I; Castaño Reyero, M.J; Díez Velasco, I. (2019: 33).

68 En la mayoría de los casos varias personas son entrevistadas a la vez en locutorios contiguos, a la vista de todos y con las interrupciones propias de las comisarías. Véase, Plataforma para el EPU por los derechos de las personas refugiadas (2018: 5).

69 La EASO ha elaborado una guía práctica sobre las entrevistas en la que se recoge

garantías que se recogen en los artículos 14 a 17 de la Directiva 2013/32. A groso modo, se destaca la obligación de los Estados miembros de asegurar que quienes realicen las entrevistas son competentes para tener en cuenta las diferentes circunstancias y factores que rodean la solicitud, incluidas las raíces culturales del solicitante, su género, su orientación sexual, su identidad de género o su vulnerabilidad [artículo 15.3 a)]. También se exige que los Estados miembros, siempre que sea posible, garanticen que la entrevista se celebra por una persona del mismo sexo en el caso de que lo requiera el solicitante [artículo 15.3 b)]. Esta previsión resulta especialmente conveniente en los supuestos de mujeres víctima de trata de seres humanos, víctimas de violencia de género, o mujeres que han sufrido persecución por motivos de género, así como en los casos de persecución por orientación sexual⁷⁰. Del mismo modo, se incluye mención expresa sobre la ropa que el entrevistador no debe llevar [ni uniforme de las fuerzas del orden ni militar, artículo 15.3 d)], así como la obligación de asegurar que las entrevistas realizadas a menores se celebren de una manera adecuada para estos [artículo 15.3 e)]. Por otro lado, el artículo 14 de la referida Directiva establece que las entrevistas se llevarán siempre a cabo por parte del personal de la autoridad decisoria. Si bien, se introduce la posibilidad de que los Estados dispongan que el personal de una autoridad distinta intervenga de forma puntual en la celebración de entrevistas, cuando

una versión refundida del artículo 15 de la Directiva de procedimientos. EASO (2019). *Quality Assurance Tool. Examining the application for international protection. Personal Interview, First – instance decision* (8-9). disponible en: <http://www.asylumlawdatabase.eu/sites/www.asylumlawdatabase.eu/files/aldfiles/ES%20-%20EASOPracticalGuide-Personal-Interview.pdf> (última consulta realizada en noviembre de 2022)

⁷⁰ Véase el informe elaborado en 2014 por el Consejo General del Poder Judicial en el que se valora el proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 12/2009, reguladora del Derecho de asilo y de la protección subsidiaria, de 31 de enero de 2014, donde se establece que las peticiones de designación de funcionarios e intérpretes del mismo género que el solicitante realice deberán atenderse siempre que sea posible, salvo que la autoridad decisoria tenga razones para creer que tales peticiones se basan en motivos ajenos a las dificultades por parte del solicitante para presentar los fundamentos de su solicitud de un modo exhaustivo. Se subraya que esta cuestión es de vital importancia cuando el solicitante haya sido víctima de una violación o de otro tipo de abuso sexual. El Informe está disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Proyecto-de-Real-Decreto-por-el-que-se-aprueba-el-Reglamento-de-la-Ley-12-2009--de-30-de-oc-tubre--reguladora-del-Derecho-de-Asilo-y-de-la-proteccion-subsidiaria> (última consulta realizada en noviembre de 2022).

el volumen de solicitudes imposibilite la realización de entrevistas por parte de la autoridad decisoria. En el caso de España, la realización de las entrevistas por personal de otra autoridad se ha convertido en la práctica habitual y sistemática. En efecto, en España, las entrevistas no se celebran por los instructores del procedimiento sino por el personal auxiliar en función del lugar en el que se presentó la solicitud⁷¹. Esto genera una problemática pues la autoridad que resuelve sobre el expediente de protección internacional lo hace sin haber realizado la entrevista personal, y sin haber visto a la persona en particular. En tales casos, el artículo 14.1 *in fine* dispone que el personal que realiza la entrevista deberá tener la formación correspondiente, así como un conocimiento general sobre los problemas que pueden afectar negativamente a la capacidad del solicitante de mantener una entrevista⁷². La Ley 12/2009, por su parte, únicamente alude a la formación de los entrevistadores de forma

71 Las entrevistas se realizan por funcionarios, pero dependen del lugar en el que se presentó la solicitud. De esta forma, el perfil del entrevistador es muy variado. Si la solicitud se presentó en puestos fronterizos, la entrevista la realizarán los policías, si se realiza en Madrid, se realizará por funcionarios de la OAR, aunque a diferencia de lo que ocurre con las solicitudes en frontera, se trata de funcionarios auxiliares en lugar de instructores. Las entrevistas de las solicitudes presentadas en territorio en Melilla se realizan por un funcionario de la Jefatura Superior de Policía mientras que en Ceuta están a cargo de un funcionario de la Delegación de Gobierno. Las entrevistas realizadas a personas que se encuentran en centros penitenciarios se realizan por el personal del propio centro sobre la base de un cuestionario que remite la OAR. En este caso, como en muchos otros, la persona que realiza la entrevista no cuenta con la formación suficiente para llevarla a cabo, por lo que, la realización de una segunda adquiere una importancia vital. Véase: Defensor del Pueblo (2019: 32 -33).

72 La formación a la que hace referencia el artículo 14.1 de la Directiva 2013/32 se detalla en el Reglamento (UE) N.º 439/2010, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2010, por el que se crea una Oficina Europea de Apoyo al Asilo. Tal y como ha expresado la EASO, es muy importante el lenguaje y las técnicas utilizadas en las entrevistas, pues deberán adecuarse a las necesidades de protección que presenta la persona en virtud de su edad, orientación e identidad sexual, diversidad funcional, etc. Véase: EASO (2019: 6). Con respecto a la orientación e identidad sexual, el ACNUR ha manifestado la importancia que requiere las preguntas que se realicen en la entrevista. Se debe formular cuestiones abiertas sobre sentimientos de vergüenza, estigmatización, soledad, relaciones y diferenciación. Así como no realizar, bajo ningún concepto, cuestiones intrusivas sobre la vida sexual de la persona, ni exigir exámenes médicos como medios probatorios. Véase: ACNUR y Fundación Abogacía (2017) *La protección internacional de los solicitantes de asilo. Guía práctica para la abogacía*, (52 -53). Disponible en: <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2017/07/VERSION-FINAL-GUIA-PROTECCION-INTERNACIONAL-SOLICITANTES-DE-ASILO.pdf> (última consulta en noviembre de 2022).

genérica señalando, en la Disposición Adicional Tercera, que la Administración General del Estado debe velar por que los empleados públicos y demás personas que se ocupen de los solicitantes de protección internacional, refugiados y personas beneficiarias de protección subsidiaria dispongan de la formación adecuada y, que los ministerios competentes elaboraran programas formativos destinados a la adquisición de las capacidades necesarias para el desempeño de los puestos de trabajo. Por consiguiente, no se determina de forma precisa qué capacidades o qué formación se exige al entrevistador. Por estas razones, resulta imprescindible que el Reglamento de desarrollo, aún pendiente, determine de manera expresa las competencias con las que deben contar los entrevistadores, así como la formación continua de los mismos acorde con las diversas necesidades específicas de los solicitantes. Todo ello, contribuirá a la realización de forma eficaz y efectiva de la entrevista, imprescindible para la determinación de la solicitud ya que el resultado de esta entrevista es utilizado por la OAR para admitir o no a trámite el expediente.

Finalmente, cabe mencionar que el artículo 17.8 posibilita celebrar una segunda entrevista o audiencia personal con los solicitantes en cualquier momento de la tramitación de la solicitud, posterior a su admisión a trámite, que se lleva a cabo por el instructor del expediente en la propia Oficina de Asilo y Refugio⁷³. Sin embargo, la realización de segundas entrevistas es porcentualmente muy pequeña⁷⁴. A nuestro entender, la realización de una segunda audiencia personal debería ser obligatoria en aquellos casos en los que la información recabada de la primera sea insuficiente, o bien, cuando la primera entrevista no se lleve a cabo por los instructores sino por personal que carezcan de la formación necesaria⁷⁵.

73 Esta posibilidad se recoge en el artículo 17.8 de la Ley 12/2009 y se establece también que la ponderación sobre la necesidad o no de efectuar nuevas entrevistas deberá ser motivada.

74 Según la OAR las segundas entrevistas se realizan en un 10% de los casos, mientras que para el ACNUR esta cifra representa tan solo el 1% de los casos. Véase: Defensor del Pueblo (2019: 32-33).

75 Se debe tener en cuenta que las entrevistas se realizan ante funcionarios que no son conocedores de la situación del país de origen del solicitante, ni están especializados en las particularidades que puedan afectar al caso, esto es, cuestiones étnicas o culturales, la edad, el género, etc. Por lo tanto, en estos casos será conveniente promover una segunda entrevista que se formalizará con el instructor del expediente y que requieren un examen en mayor profundidad de las circunstancias conexas a las personas, así como unas condiciones y un entorno más favorable al solicitante. Un ejemplo de la necesidad de esta

3. Especial referencia al acceso al procedimiento de los menores de edad

Los Estados miembros deben evaluar, en un plazo razonable a partir de la presentación de una solicitud de protección internacional, si el solicitante necesita garantías procedimentales especiales⁷⁶. De conformidad con el artículo 2 letra d) de la Directiva 2013/32, se entiende por solicitantes que necesitan garantías procedimentales especiales, “aquellas personas cuya capacidad de disfrutar los derechos y cumplir las obligaciones prevista en la presente Directiva está limitada por circunstancias individuales”⁷⁷. Por consiguiente, es esencial que se identifique a las personas que requieren garantías especiales mediante una evaluación de sus necesidades. Ahora bien, la identificación no se basa meramente en la descripción subjetiva por parte del solicitante de sus circunstancias, sino que corresponde a la autoridad nacional competente identificar cuáles son las vulnerabilidades relevantes. En este sentido, debe tenerse en cuenta que determinadas características y/o experiencias personales suelen dar lugar a la necesidad de garantías procedimentales especiales, esto es, “edad, género, orientación sexual, identidad de género, discapacidad, enfermedad grave, enfermedad mental o consecuencias de torturas, violación u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual”⁷⁸.

segunda entrevista se presenta en las personas trans (transexuales, transgénero y personas no binarias). Muchas de ellas solicitan protección internacional al llegar a España, si bien, posteriormente y una vez se ha realizado la primera entrevista, son consciente de su propia identidad. Consecuentemente, la posterior ampliación de información constituye un trámite esencial para resolver exitosamente su solicitud de protección internacional. Véase, ACNUR (2019: 24).

⁷⁶ Véase el artículo 24 de la Directiva 2013/32.

⁷⁷ La doctrina entiende que no queda claro el tratamiento de los grupos vulnerables que solicitan asilo en la Unión Europea. Este ha sido uno de los ámbitos prioritarios de la reforma del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) propuesta por la Comisión Europea en 2016. Por un lado, desde el punto de vista lingüístico se propone sustituir el término “especial” por “específico”, con el objetivo de expresar de manera más precisa la necesidad de que existan salvaguardias adicionales para que las personas solicitantes de protección internacional vulnerables puedan disfrutar de sus derechos. De otro lado, se aboga por una enumeración más amplia de colectivos con necesidades específicas (que no especiales) de acogida, incluyendo a las personas que padezcan de trastornos de estrés postraumáticos, al colectivo LGTBI+, o a las minorías religiosas entre otras. Véase: ECRE (2017) *Asylum Information Database, The concept of vulnerability in European asylum procedures* (13-18); Barrio Lema, C.I; Castaño Reyero, M.J; Díez Velasco, I. (2019: 11).

⁷⁸ Véase el considerando número 29 de la Directiva 2013/32. Además, para la

Con lo que respecta a la normativa española, en el título V de la Ley 12/2009 (artículos 46 a 48)⁷⁹, bajo la rúbrica “de los menores y otras personas vulnerables” se establece un tratamiento diferenciado de este tipo de solicitudes. No obstante, la falta de desarrollo reglamentario deja este tratamiento vacío de contenido y por tanto, sin aplicación práctica.

Es evidente que este tipo de solicitudes exige una evaluación y un tratamiento específico. Sin embargo, la realidad demuestra que ni los centros de detención, ni los puestos fronterizos son lugares adecuados para que se identifique correctamente a las personas con necesidades especiales de protección⁸⁰.

En este sentido, los solicitantes menores de edad serán quienes estén en el centro del estudio. La llegada al territorio europeo de menores y de menores no acompañados es un fenómeno que, aunque no es nuevo, en los últimos años ha aumentado exponencialmente con la mencionada crisis de refugiados⁸¹. Andalucía es la Comunidad Autónoma con mayor número de meno-

identificación de tales necesidades, la EASO ha desarrollado una herramienta práctica, con la finalidad de garantizar que los solicitantes reciban el respaldo adecuado por parte de los Estados miembros que le permita disfrutar de los derechos y cumplir con las obligaciones durante todo el procedimiento. Disponible en: <https://ipsn.easo.europa.eu/easo-tool-identification-persons-special-needs> (última consulta noviembre de 2022)

79 El artículo 46.1 de la Ley 12/2009 prevé un tratamiento diferenciado a las personas solicitantes o beneficiaria de protección internacional en situación de vulnerabilidad tales como “menores, menores no acompañados/as, personas con discapacidad, personas de edad avanzada, mujeres embarazadas, familias monoparentales con menores de edad, personas que hayan padecido de torturas, violaciones u otras formas graves de violencia psicológica o física o sexual y víctimas de trata de seres humanos”. Del mismo modo, se prevé, en el apartado segundo, la posibilidad de otorgar un tratamiento específico para aquellas personas que hayan sido objeto de persecución por varios de los motivos previstos en la ley. Si bien, la generalidad de la redacción de este precepto no permite conocer qué tipo de atención es la que se prevé para estas personas. Únicamente, en el caso de menores solicitantes que hayan sido víctimas de “cualquier forma de abuso, negligencia, explotación, tortura, trato cruel, inhumano, degradante o que hayan sido víctimas de conflictos armados”, el artículo 47 dispone que recibirán la atención sanitaria, psicológica y cualificada que precisen.

80 Véase: Defensor del Pueblo (2019: 72-73); Pasetti, F.; Sánchez – Montijano, E. (2019). Sobre los solicitantes y beneficiarios de protección internacional informe nacional para España, NIEM 2018, CIDOB, 31; FRA (2017). *Current migration situation in the EU: Lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex asylum seekers*, (11-12).

81 Solo en Europa Occidental hay más de 100.000 menores separados de sus padres. Alrededor de unos 20.000 menores no acompañados presentan solicitudes de asilo cada año en países industrializados. Datos obtenidos del portal del ACNUR, disponibles en: <https://www.acnur.org/5cf926764.pdf> (última consulta en noviembre de 2022)

res extranjeros no acompañados registrados (en el año 2020, más de 2.500 menores se encontraban inscritos en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados)⁸². Los datos muestran que los menores extranjeros, especialmente los no acompañados, padecen graves problemas de acceso al procedimiento de protección internacional⁸³. Son varios los factores que explican esta situación y que necesitan ser resueltos con urgencia. A tal respecto, debe tenerse presente que un menor no puede expresar un relato de sus experiencias de la misma manera que lo haría un adulto, ya que estos, con frecuencia, pueden tener dificultades para expresar sus miedos por diversos motivos, tales como el haber vivido experiencias traumáticas, miedo a las autoridades estatales o a las personas en posición de poder, coacción para dar testimonios elaborados por traficantes, o miedo a represalias, entre otros, de las redes de trata. Los menores, debido a su inmadurez pueden no ser capaces de evaluar qué información es importante o tener dificultades para interpretar o transmitir de forma fácilmente comprensible para un adulto lo que han presenciado o vivido⁸⁴. Por ello, es esencial que los profesionales que se relacionan con los menores tengan las capacidades y habilidades necesarias para poder evaluar la fiabilidad y el significado del relato ofrecido por un menor⁸⁵.

82 Datos disponibles en: <https://www.epdata.es/datos/menores-extranjeros-no-acompanados-espana-datos-estadisticas/621> (última consulta en noviembre de 2022)

83 Para conocer las solicitudes de protección internacional presentadas por menores no acompañados por continente y país de origen véase el último informe del Ministerio del Interior (2020) *Asilo en cifras* (88). Disponible en: https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/servicios-al-ciudadano/oficina-de-asilo-y-refugio/datos-e-informacion-estadistica/Asilo_en_cifras_2020.pdf (última consulta en noviembre de 2022). Llama la atención que tan solo se hayan presentado 45 solicitudes cuando a fecha de 31 de diciembre de 2020 se encontraban inscritos en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados 9.030 menores, según datos facilitados por la Comisaría General de Extranjería y fronteras recogidos en el Informe del Defensor del Pueblo del 2020.

84 Véase: Defensor del Pueblo (2007). Recomendación 41/2006, de 21 de abril, para que se impartan instrucciones a fin de que los menores extranjeros, tutelados por la administración, cuenten con asistencia letrada en los procedimientos de solicitud de asilo, (Recomendaciones y Sugerencias 2006. 357); Requejo Isidro, M. (2017). La protección del menor no acompañado solicitante de asilo: entre el Estado competente y Estado responsable, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 186.

85 El último informe del Defensor del Pueblo recoge una preocupante falta de formación en el personal que atiende a estos menores acerca de la protección internacional y la necesidad de adaptar la información a las necesidades de los menores de edad. A modo de ejemplo, con frecuencia el personal de los centros considera que «no conviene» que el me-

La normativa española (artículo 48), se limita a establecer que en caso de menores no acompañados se adoptarán medidas que aseguren que el representante asignado actúe en su nombre y le asiste con respecto al examen de la solicitud. Si bien, no se hace mención alguna a otras garantías específicas que respondan a las necesidades concretas de los menores no acompañados que huyen de la guerra, la persecución, las redes de tráfico de seres humanos, etc.⁸⁶ Debe constituir un principio insoslayable el dar un trato diferenciado a todas las solicitudes de protección internacional que hayan sido presentadas por menores, para ello, se aboga por incluir una disposición concreta que determine de forma expresa el derecho de las personas vulnerables y, en particular, de los menores, a formular solicitudes de protección internacional independiente, a través de procedimientos específicos donde se tome en consideración el grado de madurez del menor⁸⁷.

Otra cuestión fundamental en relación con los menores es la identifica-

nor formule la solicitud de protección, ya que no podrían volver a ver a sus familias en sus países de origen. El mero hecho de que un menor quiera volver a ver en algún momento a su familia no es motivo suficiente para desalentarle de presentar una solicitud de protección internacional. Resulta urgente que el personal del sistema de protección de menores reciba la formación adecuada. Véase: Defensor del Pueblo (2021: 155).

86 Véase: UNICEF (2019). *Los derechos de los niños y niñas migrantes no acompañados en la Frontera Sur española*, (19).

87 En los casos en los que el menor está con sus familiares la tendencia es considerarlo un miembro más de la familia y no tramitar la solicitud de forma individualizada al considerar que es el progenitor quien debe tramitar la solicitud en nombre de la familia. Los menores acompañados nunca son entrevistadores, ya que la entrevista se centra en sus progenitores. En estos casos, los menores tienen un derecho a ser escuchados como parte de esa solicitud que les involucra y porque, en ocasiones, la familia puede estar involucrada en situaciones muy graves como son la trata de seres humanos o abusos. Del mismo modo, la falta de tramitación de una solicitud de protección internacional de una persona menor de edad, con madurez suficiente, hasta que su tutor legal la ratifica, deja vacía de contenido la obligación legal que tienen todas las Administraciones Públicas de facilitar el ejercicio de los derechos de los menores de edad. A tal respecto, resulta paradójico que, en la práctica, los menores no puedan actuar en el procedimiento administrativo de protección internacional por sí mismos, pero sí ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Por ello, manifestamos la idea de recoger una disposición que manifieste de forma expresa el derecho de las personas vulnerables y, en particular, de los menores, a formular solicitudes de protección internacional de manera independiente. ACNUR (2012) *Directrices para la determinación del interés superior del niño*. Disponible en: http://www.acnur.es/PDF/7126_20120417163205.pdf (última consulta en noviembre de 2022).

ción de la edad. El artículo 48.2 de la Ley 12/2009 establece que cuando se identifica a una persona en situación de vulnerabilidad, se debe valorar la edad de la persona y, si esta no pudiera ser establecida con seguridad, se deberán hacer las correspondientes pruebas de determinación de la edad. La realización de estas pruebas está sujeta a una serie de garantías y, en tanto en cuanto se determine la minoría de edad de la persona, deberá prevalecer el principio del interés superior del menor⁸⁸. Sin embargo, estas pruebas no han

88 Entre las garantías que deben contemplar estas pruebas, el artículo 12. 4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (*BOE* núm.15 de 17 de enero de 1996), establece que estas pruebas “deberán someterse al principio de celeridad, exigirán el previo consentimiento informado del afectado y se llevarán a cabo con respeto a su dignidad y sin que suponga un riesgo para su salud, no pudiendo aplicarse indiscriminadamente, especialmente si son invasivas y en términos similares el artículo 35.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social”. En ambas normas, así como en el artículo 190 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, no se hace una regulación sistemática y precisa del procedimiento a seguir. Por otro lado, se encuentran las críticas a la normativa por parte de las instituciones nacionales e internacionales encargadas de velar por el respeto de los Derechos Humanos y entre los sectores de la sociedad civil comprometidos con los derechos de los menores extranjeros no acompañados, como el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, el Defensor del Pueblo, la EASO, la Agencia Europea de Derechos Humanos (FRA), la División de derechos del Niño del Consejo de Europa o la propia institución que en nuestro ordenamiento jurídico tiene encomendada actualmente la competencia en la tramitación del expediente de determinación de edad, el Ministerio Fiscal, que aboga por una modificación del procedimiento de determinación de edad (véase: Fiscalía General del Estado (2019), *Memoria anual*). El Tribunal Supremo también ha tenido la oportunidad de pronunciarse en múltiples ocasiones al respecto sentando una doctrina, a través de la Sentencia 307/2020, de 30 de junio. Todo ello, ha impulsado un anteproyecto de ley por el que se regula el procedimiento de evaluación de la edad y que pretende dar respuesta, por un lado, a las observaciones hechas a España por el Comité de Derechos del Niño, en las que se ponía de manifiesto las deficiencias que el actual sistema para la determinación de la edad tenía, y por otro lado, para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Disposición final vigésimo cuarta de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y a la Adolescencia frente a la violencia (*BOE* núm.134, de 5 de junio de 2021) que establece que el Gobierno, en el plazo de doce meses desde la aprobación de esta ley, procederá al desarrollo normativo del procedimiento para la determinación de la edad de los menores, de modo que se garantice el cumplimiento de las obligaciones internacio-

nales contraídas por España, así como la prevalencia de interés superior del menor, sus derechos y su dignidad. El Consejo de Ministros aprobó el 12 de abril de 2022, a petición del Ministerio de Justicia, dicho Anteproyecto. Disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APL%20procedimiento%20evaluacion%20de%20la%20edad.pdf> (última consulta en noviembre de 2022). El contenido del Anteproyecto es esencialmente el de regular el procedimiento de determinación de la edad con arreglo a principios y criterios acordes con un procedimiento multidisciplinar y holístico. Con esta norma se persigue que el proceso sea más garantista que el anterior y se busca avanzar en derechos y cumplir con las recomendaciones de organismos tanto del ámbito nacional como internacional. Como novedad, señalar que los principios que rigen este procedimiento son el interés superior del menor; la presunción de minoría de edad; el carácter preferente y urgente con el que se ejecutará el procedimiento, con un plazo previsible de resolución inferior a un mes; el derecho de la persona afectada a ser escuchada e informada y, en caso de necesidad, asistida por un intérprete; y el derecho a la asistencia jurídica gratuita sin necesidad de acreditar que carece de recursos, entre otros. Hay que destacar que se garantizará legalmente, que no se realizarán pruebas invasivas, prohibiendo los desnudos integrales en las inspecciones físicas o inspecciones ginecológicas, además de contar con el consentimiento o autorización del adolescente para realizar la prueba. El Ministerio Fiscal, las entidades públicas de protección a la infancia y a la adolescencia, así como el propio interesado (con representante legal o defensor judicial si fuera necesario), serán los órganos competentes para solicitar la evaluación de edad. El Juzgado de Familia correspondiente al territorio donde se ubique el adolescente, será el competente para llevar a cabo la prueba. En caso de que no haya dicho Juzgado, será el Juzgado de Primera Instancia. Únicamente podrá solicitar la prueba el Juzgado de Menores cuando la persona esté detenida, alegue su minoría de edad y no tenga documentación para probarlo. Se podrán solicitar, por parte de la autoridad judicial, informes periciales multidisciplinarios sobre un estudio holístico del desarrollo físico y psicológico, o una exploración física del forense, emitiendo resolución en el plazo de 24 horas máximo, teniendo en cuenta las prohibiciones comentadas anteriormente y las garantías legales establecidas. La prueba se podrá impugnar si existiera documentación que acredite la edad. Antes de realizarla, se harán las comprobaciones necesarias de la documentación existente en el país de origen. Cuando el Juzgado permita realizar la prueba, deberá llevarse a cabo en el plazo de dos días hábiles desde que se presente la solicitud. Posteriormente, se abrirá el plazo de 20 días naturales para que se celebre la vista judicial y cinco días más, para dictar sentencia. El procedimiento de determinación de la edad se resolverá mediante sentencia, susceptible de recurso de apelación. Una vez se haya resuelto en sentencia firme la determinación de la minoría de edad, se inscribirá en el Registro Civil y se establecerá la fecha en que se va a entender alcanzada la mayoría de edad, produciendo plenos efectos en el Ordenamiento Jurídico. No obstante, un grupo de organizaciones, han hecho llegar al Ministerio de Justicia han presentado propuestas de modificación concretas al Anteproyecto de Ley durante la fase de audiencia pública. Estas instituciones han insistido en las deficiencias

resultado ser precisas ya que no tienen en consideración aspectos raciales, étnicos, nutricionales, medioambientales, psicológicos y culturales, que tienen una influencia directa en el desarrollo de los menores⁸⁹. Obviar estos factores tiene una incidencia considerable en el procedimiento⁹⁰. En la práctica, son

que presentan las diferentes pruebas diagnósticas de evaluación de la edad, especialmente las pruebas radiológicas que deben evitarse por su imprecisión al presentar amplios márgenes de error y poca fiabilidad, y en la prevalencia que hay que dar a la documentación de los países de origen de los menores sobre ninguna otra a la hora de determinar su edad. En este sentido, preocupa que el texto configura un procedimiento urgente, con plazos muy breves, que va a impedir que los menores que tengan que tramitar su documentación en los Consulados y Embajadas puedan aportarla a tiempo al procedimiento. Además, les preocupa el hecho de que este procedimiento no permita que, una vez obtenida dicha documentación, pueda revisarse la edad ante el mismo Juez que la determinó. Por ello, abogan por que la configuración del procedimiento como preferente, pero no urgente, para no limitar las facultades de los Jueces de suspensión o ampliación de plazos cuando se estime oportuno para hacer una adecuada evaluación de la edad; la previsión de que la sentencia que se dicte carezca de efectos de cosa juzgada, al contrario de lo que establece el texto, permitiendo que el Juzgado que conoció del asunto en primera instancia revise su decisión ante la aportación de la documentación del país de origen cuando esta se haya obtenido con posterioridad a la firmeza de la sentencia.

89 Para determinar la edad, en primer lugar, se lleva a cabo una entrevista con el menor y una exploración física realizada por los médicos forenses. Además, se realizan otras tres pruebas médicas tales como una radiografía de la muñeca, una radiografía dental para analizar la maduración de los molares y un TAC de la clavícula. Con los resultados de estas pruebas, el Ministerio Fiscal hace una estimación de la edad del solicitante. Esta estimación puede abarcar un rango de edad dentro del cual la persona pueda ser mayor o menor de edad, por lo que en algunas ocasiones el resultado de las pruebas de la determinación de la edad no es concluyente. No obstante, es importante tener presente que ninguno de estos métodos es óptimo e infalible a la hora de determinar la edad. UNICEF (2019). *Los derechos de los niños y niñas migrantes no acompañados en la Frontera Sur española*, (23). A tal respecto, consideramos que es de suma importancia que las pruebas se lleven a cabo por profesionales independientes y familiarizados con las características étnicas, culturales de la persona. Es importante prestar especial atención a las cuestiones de género. El procedimiento, el resultado y las consecuencias de la evaluación deberán ser explicados al menor en un lenguaje que entienda, presentando los resultados por escrito. Por supuesto, la negativa no debe perjudicar la decisión sobre la estimación de su edad ni sobre su solicitud de protección.

90 En muchas ocasiones, los menores son evaluados como mayores de edad, a pesar de contar con documentos oficiales acreditativos de su identidad, por lo que acceden al procedimiento como adultos, no pudiendo ejercer sus derechos dentro del sistema como menores. A tal respecto véase la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, invariable

numerosas las quejas relacionadas con la incoación de procedimientos de determinación de la edad a extranjeros indocumentados, cuya minoría de edad no puede establecerse con seguridad. En octubre de 2020, el Comité de los Derechos del Niño comunicó que se habían adoptado 14 decisiones contra España, desde 2019, sobre la cuestión de la determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados. Los expertos encontraron varias violaciones de la Convención de los derechos del niño⁹¹, en particular, el derecho a la identidad, el derecho a ser escuchado y el derecho a la especial protección de los niños privados de su entorno familiar. Además, entre otras cuestiones, se puso de manifiesto que, en la Comunidad Autónoma de Andalucía, Comu-

desde el 2014, que establece que el extranjero de cuyo pasaporte o documento de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado y sometido a pruebas complementarias de determinación de la edad (La STS 796/2021, de 22 de noviembre; STS453/2014 de 23 de septiembre de 2014; STS 27/2015, de 4 de febrero de 2015, entre otras); ECRE, (2018: 43- 44). En el informe anual del Defensor del Pueblo de 2020 se siguen recogiendo numerosas quejas por la incoación de procedimientos de determinación de la edad a extranjeros documentados, pese a la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo, que acabamos de citar. En este sentido, destaca una investigación iniciada tras la queja presentada por un menor, a causa del decreto dictado por la Fiscalía Provincial de Huelva que establecía su mayoría de edad, pese a estar documentado con pasaporte de Costa de Marfil. La fiscalía informó de las dudas manifestadas por la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras sobre la documentación de dicho país, al entender que, aun siendo auténtica, presenta elevados riesgos de contener información errónea, al regir un sistema de autocertificado, por el que el funcionario que expide el documento lo hace sobre la única base de las manifestaciones del interesado, sin llevar a cabo ninguna comprobación de la exactitud de lo que hace constar en el documento. Se concluyó dando cuenta a la Fiscalía General del Estado de la diferencia de criterio con dicha actuación, toda vez que la sospecha de la falta de fiabilidad de los registros en Costa de Marfil, en ningún caso puede achacarse al menor, ni suponer el desconocimiento de los documentos públicos expedidos por dicho país, que cuentan con una presunción de veracidad iuris tantum que no puede ser destruida con una alegación genérica a su falta de fiabilidad. Se ha insistido en que esta duda sobre los datos contenidos en los pasaportes de determinados países, únicamente se plantea en el seno de procedimientos de determinación de la edad, siendo plenamente válidos en el resto de los procedimientos administrativos, ya sean de extranjería, o de otra índole, en los que no se cuestiona en absoluto dicho documento (19013317). Defensor del Pueblo (2020). *Informe Anual 2020, Volumen I. Informe de gestión*, (217).

91 Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990).

nidad por la que acceden a España la mayoría de los menores extranjeros, el 99,7% de los procedimientos no cuenta con intervención forense⁹². A tal respecto, el Comité señala que las medidas para determinar la edad deberán realizarse con criterios científicos, seguridad e imparcialidad, atendiendo al interés del menor y a consideraciones de género, evitando todo riesgo de violación de su integridad física, respetando debidamente su dignidad humana, y, en caso de incertidumbre, otorgando al individuo el beneficio de la duda, de manera que, en la hipótesis de que se trate de un menor, se le trate como tal⁹³.

En suma, consideramos que estas pruebas de determinación de la edad solo deberían llevarse a cabo como medida de último recurso, cuando existan motivos para albergar serias dudas sobre la edad y cuando otros métodos, como entrevistas o evidencias documentales, no hayan sido suficientes para establecer la edad de la persona y, en el caso de que se decida realizar dichas pruebas, las mismas deberán ser llevadas a cabo por especialistas que valoren diferentes aspectos del desarrollo físico y psicológico de la persona, así

92 En una queja presentada por los procedimientos incoados a un grupo de presuntos menores localizados al acceder a territorio nacional por la costa de Almería, las pruebas médicas arrojaron como resultado la «edad ósea entre 18 y 19 años». Tras ello, se dictó decreto, determinando su mayoría de edad. Se dió cuenta a la Fiscalía General del Estado de la irregularidad de dichos procedimientos, en los que únicamente se realizó una radiografía de muñeca y cuyas conclusiones arrojaron idéntico resultado, sin reflejar el sistema utilizado, el resultado obtenido, la desviación aplicada, etc. Asimismo, no se practicaron pruebas adicionales, ni intervención forense realizando reconocimiento médico, examen de las pruebas médicas en conjunto. Se comprobó con preocupación la ausencia generalizada en esa provincia de un informe médico forense que especifique el rango de edad más probable en el que se encuentra el examinado. De acuerdo con lo anterior, se ha reiterado a la Fiscalía General del Estado la preocupación de esta institución por los procedimientos de determinación de la edad incoados en Almería, en particular, y en la Comunidad Autónoma de Andalucía, en general (20021449). Véase: Fundación Raíces (2019). *Solo por estar solo. Informe sobre la determinación de la edad en menores no acompañados*, (Fundación del Consejo General de la Abogacía Española. 16-17).

93 Las garantías exigidas por el Comité de Derechos del Niños se recogen en diferentes resoluciones, tales como los dictámenes respecto de las comunicaciones 38/2017 de 28 de septiembre de 2020; 40/2018 de 28 de septiembre 2020; 22/2017 de 31 de mayo de 2019; 16/2017 de 31 de mayo de 2019; 11/2017 de 27 de septiembre de 2018. Igualmente, han sido recogidas por el Defensor del pueblo, en su informe de fecha 15 de enero de 2021, en cuanto a la determinación de la edad: <https://www.defensordelpueblo.es/otras-publicaciones/determinacion-la-edad-los-menores-extranjeros-indocumentados/> (última consulta en noviembre de 2022).

como tomar el interés superior del menor como consideración primordial en el procedimiento de determinación de la edad. A tal efecto, es imprescindible que a los interesados se les facilite representación legal durante el proceso de determinación de su edad como garantía esencial para el respeto de su interés superior, así como de su derecho a ser escuchado. La falta de representación oportuna puede resultar una violación de los artículos 3 y 12 de la Convención.

4. Valoraciones finales

Los flujos de personas desplazadas se caracterizan por su naturaleza mixta. Así, suelen comprender personas que se desplazan por diferentes motivos, ya sean la persecución, las guerras, la violación grave de los derechos humanos, por motivos económicos o una mezcla de los mismos. Con independencia de lo artificial de estas categorizaciones, lo cierto es que, de acuerdo con las obligaciones internacionales, las personas refugiadas y aquellas beneficiarias de protección subsidiaria, tienen derecho a una protección y estatuto especiales y, en consecuencia, tienen derecho a acceder a un procedimiento que les reconozca dicha condición. El acceso efectivo, sencillo y rápido al procedimiento de protección internacional se convierte así en una garantía básica del derecho de asilo y del principio de no devolución, consagrados ambos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (arts. 18 y 19 CDFUE). Todo el estatuto básico de derechos reconocido en la Convención de Ginebra de 1951 y desarrollado en el Sistema Europeo Común de Asilo carecería de efecto útil si quienes desean obtener protección internacional por parte de un Estado no consiguieran acceder al procedimiento porque no tuvieran la información adecuada o los recursos necesarios o porque las autoridades impusieran requisitos insalvables o no reconocieran las manifestaciones de temor a ser devueltos a sus países de origen o lo hicieran de forma tardía. Así, garantizar el acceso efectivo al procedimiento de protección internacional se ha convertido en uno de los mayores retos del Sistema Europeo Común de Asilo, en un contexto de prácticas nacionales restrictivas que se desarrollan a lo largo de la frontera exterior común y que se caracterizan por no disponer de mecanismos para el adecuado reconocimiento de las personas solicitantes de protección internacional y por dificultar o ignorar los derechos que les asisten en todo el proceso. A la definición de lo que implica la garantía de un acceso efectivo al procedimiento, teniendo en cuenta la jurisprudencia

reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha dedicado la presente contribución.

De la misma, se deduce que el acceso al procedimiento de protección internacional se encuentra comprendido por tres fases diferenciadas, a saber, la formulación, el registro y la presentación de la solicitud de protección internacional. No obstante, se identifica una fase previa a la formulación en la que los Estados tienen la obligación de mantener una actitud proactiva que facilite a las personas interesadas la manifestación del deseo de solicitar protección internacional. En el caso de España, se ha observado que muchos de los interesados desconocen la posibilidad de solicitar protección internacional, a pesar de haber recibido una hoja informativa sobre este hecho. Resulta esencial que la información que se transmita sea comprensible y accesible para todas las personas, habida cuenta de que se trata de un procedimiento con un apreciable nivel de complejidad.

Por su parte, la formulación de la solicitud de protección internacional supone el acto de expresar o manifestar, de cualquier modo y ante cualquier autoridad, el deseo propio de obtener protección internacional. La formulación constituye una fase fundamental puesto que es el momento en que la persona interesada adquiere la condición de solicitante. A tal respecto, se ha ampliado las autoridades ante las que se puede solicitar protección, incluyendo autoridades administrativas y judiciales no competentes para el registro. Una vez formulada la misma, la solicitud debe ser registrada por la autoridad nacional competente para ello en el plazo de tres o seis días hábiles siguientes. No obstante, en el ordenamiento jurídico español no se recoge un plazo concreto para el registro por lo que, en la práctica, se observan diversas situaciones en función de la provincia donde se encuentre la persona interesada. Esta disparidad supone un trato desigual según el lugar de residencia, ya que algunas personas cuentan con un documento que acredita su condición de solicitantes y, por tanto, están amparados por el principio de no devolución, mientras que otras personas no disponen de ninguna acreditación y por tanto, quedan expuestas a procedimientos de expulsión por estancia irregular, al no poder acreditar que están a la espera de formalizar su solicitud de protección internacional.

De otro lado, se aprecian también irregularidades en relación con el trámite de entrevista que se le realiza al solicitante, una vez efectuada la presentación de la solicitud. Como se ha visto, la entrevista constituye un momento crucial en el que el solicitante debe tener la oportunidad de explicar las razo-

nes de su solicitud. Por ello, la entrevista deberá realizarse en el lugar donde pueda garantizarse de forma adecuada la confidencialidad de la información y la seguridad de la persona. Sin embargo, en nuestro país, la mayoría de las entrevistas se realizan en las dependencias generales de la policía, sin garantizar la intimidad y privacidad de este trámite. Este hecho es *per se* una vulneración de derechos en el caso de personas en situaciones de vulnerabilidad. De otro lado, la Directiva 2013/32 establece que la entrevista debe ser realizada por el personal de la autoridad decisoria y eventualmente por el personal de una autoridad distinta. Si bien, en España la realización de las entrevistas por personal de otra autoridad se ha convertido en la práctica habitual y sistemática.

Una vez analizado las fases en las que se divide el acceso al procedimiento de protección internacional se ha hecho especial referencia a los solicitantes que requieren garantías procedimentales especiales, concretamente, las solicitudes presentadas por menores de edad. A pesar de que el título V de la Ley 12/2009 establece la posibilidad de otorgar un tratamiento diferenciado a este tipo de solicitantes, la falta de desarrollo reglamentario deja este tratamiento vacío de contenido y, por tanto, sin aplicación práctica. La realidad demuestra que los menores extranjeros, especialmente los no acompañados, padecen graves problemas de acceso al procedimiento de protección internacional. Por ello, se deben establecer garantías específicas que respondan a las necesidades concretas de estos menores que huyen de la guerra, la persecución, las redes de tráfico de seres humanos y que les aseguren tanto una adecuada asesoría jurídica como acompañamiento médico, psicológico y social durante todo el procedimiento. A tal respecto, se observa que uno de los grandes desafíos en relación con la llegada de menores no acompañados a territorio nacional es la determinación de la edad. El principal obstáculo que se presenta es que la mayoría de los menores no acompañados no cuentan con documentos que sirvan como sustento para demostrar la minoría de edad. El desafío es demostrar que la protección con la que cuenta el menor está correctamente fundada en su edad real. Por ello, es de suma importancia que las pruebas se realicen como medida de último recurso, cuando no haya indicios suficientes para establecer la edad de la persona y, que se lleven a cabo por profesionales independientes y familiarizados con las características étnicas, culturales de la persona, con especial atención a las cuestiones de género y primando el interés superior del menor. Las críticas a la actual normativa por parte de las instituciones nacionales e internacionales encargadas de velar

por el respeto de los derechos humanos ha impulsado un anteproyecto de ley en el que se regula el procedimiento de evaluación de la edad y que pretende dar respuesta, por un lado, a las observaciones hechas a España por el Comité de Derechos del Niño, en las que se ponía de manifiesto las deficiencias que el actual sistema para la determinación de la edad tenía, y por otro lado, para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Disposición final vigésimo cuarta de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y a la Adolescencia frente a la violencia.

Del análisis realizado se desprende que, en síntesis, el principal problema identificado es la disparidad entre normativa y práctica de la Unión y sus Estados Miembros que en el caso de España se presenta muy desigual dependiendo de los colectivos, y en ningún de los casos como un proceso ágil y garantista. La aplicación de la protección del derecho de asilo, y en especial de los menores no acompañados, está muy lejos de ser la que se plasma sobre las directivas europeas. Una de las principales causas de las graves deficiencias del sistema es la falta del Reglamento de desarrollo de la Ley 12/2009. La inexistencia del desarrollo reglamentario genera una grave situación de inseguridad jurídica a las personas solicitantes de protección internacional ya que da lugar a la arbitrariedad y dispersión de criterios y procedimientos en el acceso al procedimiento de protección internacional. Esto es especialmente preocupante en el caso de las personas vulnerables y más aún en el caso de los menores no acompañados. Por ello, además de la urgencia de implementar una normativa nacional de desarrollo, destaca la importancia de establecer un procedimiento de protección internacional común a toda la Unión Europea, como garantía del derecho a solicitar protección internacional, así como del respeto al principio de no devolución. Así pues, la aprobación de la Propuesta de Reglamento sobre el procedimiento común presentada por la Comisión en 2016 y modificada posteriormente sería determinante, ya que introduce mejoras y refuerza los derechos y las garantías de los solicitantes, además de eliminar la inseguridad jurídica que produce las diferencias de tramitación de las solicitudes a la que puede enfrentarse un nacional de un tercer Estado o apátrida dependiendo del país de entrada. Entre tanto, consideramos crucial que la Comisión haga un mayor uso de las potestades otorgadas en virtud del artículo 258 TFUE, e inste a los Estados a cumplir fielmente con sus obligaciones.

5. Bibliografía

- Barrio Lema, C.I; Castaño Reyero, M.J; Díez Velasco, I. (2019). *Colectivos vulnerables en el sistema de asilo. Una aproximación a las necesidades de la infancia, personas LGTBI+ y víctimas de trata*, Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones, La Merced Migraciones.
- Carrillo Salcedo, J.A. (2013). Reflexiones a la luz de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Hirsi Jamaa y otros contra Italia (Sentencia de 23 de febrero de 2012). Derechos de los inmigrantes en situación irregular en España. *Teoría y Realidad Constitucional*, Núm. 32, 285-291.
- Fernández Burgueño, B. (2018). Solicitudes de asilo patrocinadas presentadas en embajadas y consulados: un modelo basado en la experiencia española y en el programa canadiense de “private Sponsorsip”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Núm. 35, 7-0.
- Fernández Pérez, A. (2021). La ilegalidad del rechazo en frontera y de las devoluciones “en caliente” frente al Tribunal de Derechos Humanos y al Tribunal Constitucional. *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 13, N.º. 2, 190-208.
- García Vitoria, I. (2018). Una década sin reglamento de Asilo en España. Obstáculos e interpretaciones divergentes, *Anuario CIDOB de la inmigración*, 116-128.
- Guild, E. (2014). Article 19. Protection in the Event of Removal, Expulsion or Extradition. En Peers, S. et al. (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, (pp. 548-553). Hart.
- Jiménez Carrero, J.A. (2022). *La complicada reforma del SECA (Sistema Europeo Común de Asilo). Un camino todavía por transitar para la Unión Europea*. Colex.
- Karin Zwaan (2009). *The Procedures Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*. Wolf Legal Publishers (WLP), Nijmegen, The Netherlands.
- Requejo Isidro, M. (2017). La protección del menor no acompañado solicitante de asilo: entre el Estado competente y Estado responsable, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 186.
- Sánchez Legido, A. (2009). Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular: a propósito de la nueva Ley de Asilo, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N.º 18, 207-234.
- Soler García, C. (2018). La prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial referencia al caso de España. *Revista General de Derecho Europeo*, N.º 45, 107-160.
- Terrón Santos, D. (2016). Eficacia y validez de los actos administrativos en la nue-

- va Ley de Procedimiento Administrativo de las Administraciones Públicas. En Rivero Ortega, R.; Calvo Sánchez, M^a. D.; Fernández Pablo, M.: *Instituciones de procedimiento administrativo común, Novedades de la Ley 39/2015*, editorial Juruá, (pp. 177 - 208).
- Vedsted – Hansen, J (2016). Asylum Procedures Directive 2013/32/UE. En Halibronner, K.; Thym, D. (eds.) *EU Immigration and Asylum Law: A Commentary*, 2^o Edition, (pp. 1281-1381). C.H. Beck / Hart/Nomos.
- Vedsted-Hansen, J. (2016). Article 6. En Halibronner, K.; Thym, D. (eds.) *EU Immigration and Asylum Law: A Commentary*, 2^o Edition, (pp. 1306 - 1308). C.H. Beck / Hart/Nomos.
- Vedsted-Hansen, J. (2016). Article 9 APD (recast). En Halibronner, K.; Thym, D. (eds.) *EU Immigration and Asylum Law: A Commentary*, 2^o Edition, (pp. 1310-1311). C.H. Beck / Hart/Nomos



Unión Europea

Fondo Europeo
de Desarrollo Regional
"Una manera de hacer Europa"

