

**ANÁLISIS DE LA VULNERABILIDAD DE LA VÍCTIMA Y LA INCAPACIDAD
PARA RESISTIR COMO ELEMENTOS OBJETIVOS NORMATIVOS DEL TIPO
PENAL DE VIOLACIÓN**

**ANALYSIS OF VULNERABILITY AND INABILITY TO RESIST AS NORMATIVE
OBJECTIVE ELEMENTS OF THE CRIMINAL TYPE OF RAPE**

Dr. Juan Carlos Morales Jiménez¹

Fecha de recepción: 23 de octubre de 2021

Fecha de aprobación: 22 de septiembre de 2022

RESUMEN: El inciso 2 del artículo 156 del Código Penal incorpora como supuestos propios del delito de violación, el aprovechamiento de la vulnerabilidad de la víctima o de su incapacidad para resistir, por lo que en este breve estudio se examina el contenido de estos constructos como elementos objetivos normativos del tipo penal, así como también se analiza un factor que les es común y que resulta relevante para la adecuación típica, la existencia de una relación asimétrica de poder entre el sujeto activo y la víctima.

PALABRAS CLAVES: Violación sexual; vulnerabilidad; incapacidad para resistir; relación asimétrica de poder.

ABSTRACT: Section 2 of Article 156 of the Criminal Code incorporates as assumptions of the crime of rape, the taking advantage of the victim's vulnerability or inability to resist, so this brief study examines the content of these constructs as normative objective elements of the crime, as well as analysis a factor that is

¹ Doctor en Derecho y Magíster en Criminología por la Universidad Estatal a Distancia, Máster en Sociología Jurídico Penal por la Universidad de Barcelona, Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Funcionario del Poder Judicial de Costa Rica, en el que ha ocupado cargos como defensor público, defensor público coordinador, defensor público supervisor y actualmente el de juez propietario en el Tribunal de Juicio de Heredia. Profesor universitario de Derecho Penal y de Criminología.

common to them and that is relevant to the typical adequacy, the existence of an asymmetrical power relationship between the perpetrator and the victim.

KEYWORDS: Rape; vulnerability; inability to resist; asymmetrical power relationship.

ÍNDICE: 1. Introducción. 2. El bien jurídico protegido como punto de partida. 3. Deslinde de los elementos que son objeto de estudio. 4. Sobre la vulnerabilidad de la víctima y la incapacidad para resistir como elementos objetivos normativos del tipo penal de violación. 4.1. La vulnerabilidad de la víctima. 4.2. La incapacidad para resistir. 4.3. Sobre el aprovechamiento de la condición de la víctima. 4.4. La relación asimétrica entre el sujeto activo y el sujeto pasivo como factor clave en el aprovechamiento de la vulnerabilidad de la víctima y de la incapacidad para resistir. 5. Conclusión. 6. Referencias bibliográficas.

1. Introducción.

Con relativa frecuencia en la praxis forense suele erigirse una confusión entre los constructos que forman parte del inciso 2 del artículo 156 del Código Penal, propiamente el aprovechamiento de la vulnerabilidad de la víctima y la incapacidad para resistir, incluso, no es extraño que se les proporcione un tratamiento indiferenciado y hasta indiscriminado, por lo que en este breve análisis se establecerán algunas consideraciones básicas respecto a cada uno de ellos para evidenciar sus particularidades y ofrecer insumos a los operadores jurídicos para su efectivo tratamiento.

Además de adentrarse en la caracterización de cada uno de los elementos objetivos normativos contenidos en el ya mencionado inciso 2 del ordinal 156 de la norma penal sustantiva, se efectuará un recorrido general que abarcará aspectos relacionados con el bien jurídico tutelado y sus aristas en el marco del delito de violación, a lo que se debe agregar que se llevará a cabo un perfilado de los

parámetros básicos para el análisis de la tipicidad objetiva dentro del espectro delimitado por el objeto de estudio.

En adición a lo anterior, se explorarán algunas perspectivas de un factor que es común tanto al aprovechamiento de la vulnerabilidad de la víctima como a la incapacidad para resistir y que incluso es el que representa la clave para la detección de la condición especial en la que se puede hallar el sujeto pasivo para dar paso a la configuración del delito, que es propiamente la relación asimétrica de poder entre las partes, la cual puede incidir de manera trascendente en la posibilidad de que se pueda realizar un ejercicio de libre voluntad para consentir la participación dentro de un acto sexual.

2. El bien jurídico protegido como punto de partida.

De acuerdo con ZAFFARONI (p. 489), el bien jurídico es *“la relación de disponibilidad de un sujeto con un objeto”*, de manera que esto implica que en los delitos sexuales el bien jurídico tutelado puede visualizarse como una conjunción de dos perspectivas objetales, por un lado, se encuentra la indemnidad e intangibilidad sexual del sujeto protegido (relacionada, por ejemplo, con las personas menores de edad, concretamente con las que aún no han cumplido los 13 años), y, por el otro lado, se ubica la libertad sexual.

Debe aclararse que, en lo que concierne a las personas menores de edad y específicamente aquellas que no han cumplido los 13 años de edad, lo que se protege a partir de la regulación penal no es propiamente la libertad sexual, porque se parte de la premisa de que no cuentan aún con la madurez y el desarrollo suficiente como para expresar un libre consentimiento con respecto a la participación en una relación sexual, pues esto involucra disponer de un bien jurídico personalísimo; más bien, lo que regula el Derecho Penal en estos supuestos es la necesidad de facilitarle a estas personas un desarrollo sexual integral, es decir, sin influencias perniciosas y acorde a una evolución normal de su personalidad y de su cuerpo, todo lo cual incidirá en su libertad sexual futura.

Ahora bien, en relación concretamente con la libertad sexual, esta se encuentra sustentada en la posibilidad de las personas que ya alcanzaron cierta edad y desarrollo mental, de autodeterminarse en torno a su sexualidad, lo que implica tanto la posibilidad de conocer e interiorizar el significado completo que puede tener una relación sexual, como la voluntad libre e inequívoca para participar en ella, es decir, que el sujeto cuente con los medios o las herramientas indispensables para otorgar un consentimiento válido.

Precisamente en torno al consentimiento, este debe ser visualizado como un ejercicio de libre voluntad, de hecho, implica permitir algo o aceptar que se haga. Sobre el consentimiento, CASTILLO (2010, p. 324), expresó que *“es la facultad que tiene un sujeto de excluir de la esfera de protección de las normas penales, en forma jurídicamente relevante, un bien o un interés jurídico que le pertenece y del cual puede disponer libremente”*.

Solo puede otorgar un consentimiento válido el derechohabiente, que aparte de ser el titular del bien jurídico y, por ende, el único legitimado para decidir sobre él, debe tener capacidad para comprender la situación en la que se encuentra; asimismo, el consentimiento solo es libre cuando surge a partir de la autodeterminación del individuo, es decir, sin que se obtenga mediante errores, engaños, amenazas, violencia u otras modalidades específicas de aprovechamiento de relaciones asimétricas de poder.

No puede dejar de mencionarse que el consentimiento debe ser anterior a la acción y que tiene que ser mantenido durante su ejecución, en el entendido de que es revocable en cualquier momento con efectos inmediatos –aunque no retroactivos–, además, si el consentimiento es posterior a la acción, más bien se convertiría en un perdón.

Siempre dentro de este marco y atendiendo a las propuestas de AGUSTINA y PANYELLA-CARBÓ (2020), tiene que hacerse alusión a la forma en la que se debe revelar el consentimiento y al respecto, la tesis que se estima como las más

apropiada es la de manifestación de la voluntad, que aparte de ser una teoría respetuosa de las posturas que abogan por la equiparación de garantías para las personas en condiciones de vulnerabilidad, es el correlato penal de la teoría civil del negocio jurídico, la cual parte de la base de que debe haber una manifestación expresa de voluntad, ya sea verbal o al menos mediante la realización de actos unívocos que así lo demuestren.

La anterior afirmación supone que, al menos en el ámbito de los delitos sexuales, no resulta oportuno partir de la existencia de un consentimiento hipotético o suponer que el silencio apareja una aprobación interna por parte del sujeto pasivo, en tanto si no hay ningún tipo de exteriorización de la voluntad, no resultaría válido establecer una presunción en sentido positivo, esto por la envergadura del bien jurídico en cuestión, el cual, como ya se adelantó, tiene un carácter personalísimo.

Para mayor abundamiento en relación con lo que se ha venido señalando, debe agregarse que los bienes jurídicos personalísimos son aquellos que no pueden separarse de su titular por resultar absolutamente imprescindibles para su autorrealización y desarrollo. Sobre este punto y centrando la discusión en la libertad sexual, conviene remitir a lo argumentado por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del III Circuito Judicial de Alajuela en el voto n°. 698-2014, de las trece horas con cincuenta y cinco minutos del veinticinco de noviembre del dos mil catorce, en el que explicó que:

... desde la sexualidad, el cuerpo y el placer sexual configuran conceptos relacionados a una esfera esencial en la constitución misma de la subjetividad y, por ende, más íntima y significativa de la naturaleza humana. La libertad sexual es un bien jurídico personalísimo, al igual que la vida, la integridad física, el honor, pero tiene una naturaleza especial, estrechamente vinculada a la esfera psíquica de la constitución de toda persona y a su esencia. Por ende es mucho más complejo, merecedor, por ende, de una tutela que tenga en cuenta sus particularidades...

Como puede derivarse del extracto anteriormente reproducido, la libertad sexual es un objeto inescindible de su titular y por ello se justifica plenamente que se erija una tutela penal de las conductas que la transgreden, así como que se requiera una manifestación de voluntad –verbal o por actos unívocos– en torno a la decisión de un individuo de participar en una relación sexual.

3. Deslinde de los elementos que son objeto de estudio.

Por la forma en la que está construido el tipo de violación, en el numeral 156 del Código Penal, existen básicamente tres maneras de comisión, a saber, que el sujeto activo acceda carnalmente² (por vía oral, vaginal o anal) a la víctima; que el sujeto activo se haga acceder carnalmente (por vía oral, vaginal o anal) por el sujeto pasivo; y, que el agente introduzca dedos, objetos o animales por vía vaginal o anal a su víctima o que la obligue a hacerlo ella misma; sin embargo, en cada uno de estos casos tiene que configurarse paralelamente alguno de los supuestos que están descritos en los tres incisos que conforman el ordinal en cuestión, es decir, que la víctima sea menor de 13 años, que exista aprovechamiento de la vulnerabilidad o de la incapacidad para resistir de la víctima, o bien, cuando se utiliza violencia corporal o intimidación.

Dicho lo anterior, es importante señalar que el objeto de análisis en esta disertación está delimitado al inciso 2 del artículo 156 del Código Penal, por lo que no serán resorte de mayor examen los incisos 1 y 3 y en este orden de ideas no se profundizará sobre la violación a menores de 13 años ni tampoco sobre aquellos supuestos en los que se aplicó violencia corporal o intimidación en contra de la víctima para procurar una penetración, aunque por supuesto deben hacerse varias aclaraciones de trascendencia.

En primer lugar, debe dejarse claro que el legislador, al establecer que cualquier penetración en contra de una persona menor de 13 años es constitutiva

² El acceso carnal se entiende como la penetración mediante el órgano sexual masculino (pene).

de violación –esto con base en la indemnidad e intangibilidad sexual de la que son beneficiarias estas personas– apareja la conclusión de que el análisis de vulnerabilidad o de la incapacidad para resistir como elementos objetivos normativos del tipo puede resultar complementario o incluso, subsidiario, pues en todo caso se presume *iure et de iure* que por la condición etaria y maduracional de la víctima, el evento es abusivo *per se* y, por ende, delictivo.

Sobre lo antes mencionado, es claro que en una persona menor de 13 años pueden concurrir una o varias condiciones de vulnerabilidad o bien podría encontrarse incapacitada para resistir por alguna situación en particular, sin embargo, constatado el acceso carnal en perjuicio del menor, estas circunstancias revestirían especial importancia para los efectos del numeral 71 de la norma sustantiva y aunque por supuesto formarían parte del análisis de la tipicidad objetiva, no necesariamente serían el aspecto prioritario para la verificación del delito.

En segundo lugar, la aplicación de violencia corporal e intimidación sobre la víctima, como elementos contenidos en el inciso 3 del artículo 156 del Código Penal, van más allá del objeto de estudio que aquí se ha demarcado y en ese sentido, no pueden confundirse ni con el aprovechamiento de la vulnerabilidad de la víctima ni con la incapacidad para resistir y aunque eventualmente podrían darse supuestos fácticos en los que haya una concurrencia de todos o varios de estos elementos, la principal diferencia estriba en que si se emplea *vis* –absoluta o compulsiva– se produce un acontecimiento en el que el agente se vale de la fuerza física o de la intimidación para doblegar la resistencia del sujeto pasivo y crear, así, las condiciones necesarias para llevar a cabo el acto sexual abusivo de violación.

En similar sentido, no puede obviarse que el aprovechamiento de la vulnerabilidad de la víctima o de la incapacidad para resistir del sujeto pasivo pueden haber sido precedidas por acciones forzadas del agente, incluso por acciones reiteradas a lo largo de un período de tiempo, de ahí la necesaria

comprensión de que aunque se trata de elementos objetivos con contenidos diferentes, eventualmente pueden presentarse de forma complementaria o alternativa y ello provoca que cada caso deba ser analizado desde su propia especificidad.

4. Sobre la vulnerabilidad de la víctima y la incapacidad para resistir como elementos objetivos normativos del tipo penal de violación.

Antes de iniciar concretamente con el examen de la vulnerabilidad y de la incapacidad para resistir, deben hacerse algunas acotaciones básicas en torno a la tipicidad, para lo cual es necesario señalar que al ser el tipo penal una fórmula contenida en un texto, la cual describe conductas prohibidas y establece consecuencias jurídicas, este puede ser analizado según su estructura y el significado de las palabras que lo integran.

En relación con lo antes mencionado, el núcleo del tipo está compuesto por el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica y en ese sentido, tratándose de una fórmula sintáctica, puede incorporar una serie de elementos objetivos y subjetivos que le conceden un determinado sentido, así como también puede estar dotado de diversos elementos accidentales o complementarios.

Dentro de los elementos objetivos del tipo penal, que son aquellos que resultan externos a los procesos mentales del sujeto activo, se pueden encontrar los que tienen un carácter normativo, pero también los hay de índole descriptivo y personal. En relación con los elementos normativos, MAQUEDA y LAURENZO (2016, p. 33) los definieron como *“realidades o situaciones pertenecientes al mundo del Derecho o al ámbito social que escapan a la percepción sensorial y para cuya constatación es necesario acudir en todo caso a una valoración de carácter jurídico o sociocultural”*.

Los elementos objetivos normativos del tipo, de acuerdo con CASTILLO (2008), pueden clasificarse en conceptos jurídicos propios, en referencias a valores y en

aquellos que requieren un conocimiento de un determinado sentido. En relación con los primeros, es decir, los conceptos jurídicos propios, estos pueden definirse como aquellos que tienen una significación procedente del Derecho; en cuanto a las referencias a valores, estas son las que hacen alusión a principios, virtudes o cualidades de una persona o de un objeto; y, finalmente, la tercera clase de elementos normativos son los que implican una valoración ética y social que limita la subjetividad de la persona juzgadora al momento de tomar una decisión.

Por otra parte, en lo atinente a los elementos descriptivos y los personales – aunque no forman parte del objeto de estudio– debe establecerse someramente que los primeros son los que resultan perceptibles por los sentidos, los que tienen un significado común o bien, los que pueden comprenderse a partir de la interacción y experiencia humana en general; por su parte, los elementos de carácter personal hacen alusión a calidades, relaciones o circunstancias de los sujetos.

Hecha la anterior introducción y afirmando que las diferencias apuntadas entre todos los elementos objetivos del tipo no son absolutas, sino que muchas veces hay complementos y ligámenes entre unos y otros, corresponde aseverar que tanto la vulnerabilidad como la incapacidad para resistir constituyen elementos objetivos normativos del tipo penal, pues su contenido no deriva de una experiencia genérica o de una sencilla percepción sensorial, sino que la dotación de significado debe abarcar tanto una valoración jurídica como una de índole ética y sociocultural, ergo, se trata de conceptos jurídicos que requieren, además, de un conocimiento de determinadas coyunturas y contextos.

4.1. La vulnerabilidad de la víctima.

En su redacción original, el inciso 2 del artículo 156 del Código Penal hacía alusión a la “víctima privada de razón”³, posteriormente, mediante la Ley n°. 7899

³ El inciso segundo original, rezaba: “2) Cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o estuviere incapacitada para resistir”.

del 3 de agosto de 1999⁴ se efectuó una reforma que deparó la transición hacia la “víctima incapaz”⁵ y no fue sino hasta que se promulgó la Ley n°. 8590 del 18 de julio del 2007⁶, que se introdujo el concepto de “vulnerabilidad de la víctima” como un constructo más amplio para el otorgamiento de protección penal⁷.

Cuando la normativa contemplaba la figura de la víctima privada de razón o incapaz, principalmente aludía a aquellas personas cuyas capacidades cognitivas se encontraban ausentes, lo cual, a raíz de la inclusión de una “o” copulativa, provocaba una reiteración de los supuestos que configuraban la incapacidad para resistir, pues en general se aludía a la anulación de la posibilidad de una efectiva autodeterminación con respecto a una participación en un evento de carácter sexual y, por ende, se trataba de individuos que no podían consentir libremente para sostener una relación de esta clase.

Con la modificación operada en el año 2007, además de superarse el concepto despectivo de la víctima incapaz, se consolidó la existencia de dos supuestos de diferentes alcances, por un lado, la vulnerabilidad y por el otro, la incapacidad para resistir, en el entendido de que si bien podían darse situaciones en las que ambos elementos se presentasen, no necesariamente uno tendría que ser presupuesto del otro.

Además, la introducción de la vulnerabilidad como elemento objetivo normativo del tipo, ensanchó la tutela penal hacia una nueva gama de personas merecedoras de una protección especial, debido a que en torno a ellas se podían encontrar diversas circunstancias que les hacían

⁴ Ley contra la Explotación Sexual de las Personas Menores de Edad.

⁵ La reforma produjo que este inciso señalara: “2) Cuando la víctima sea incapaz o esta se encuentre incapacitada para resistir”.

⁶ Ley de Fortalecimiento de la Lucha contra la Explotación Sexual de las Personas Menores de Edad mediante la reforma y adición de varios artículos al Código Penal, Ley N° 4573, y reforma de varios artículos del Código Procesal Penal, Ley N° 7594.

⁷ La redacción actual establece: “2) Cuando se aproveche de la vulnerabilidad de la víctima o esta se encuentre incapacitada para resistir”.

sustancialmente más débiles para hacer frente a eventos delictivos de carácter sexual, tales como la violación.

En este orden de ideas, es oportuno afirmar que el concepto de “vulnerabilidad” se puede nutrir de las bases apiladas por las “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”⁸, en especial de lo dispuesto en las Reglas 3 y 4, que literalmente establecen lo siguiente:

(3) Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

(4) Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico.

Las Reglas de Brasilia permiten entender, como aspecto preliminar y básico, que la vulnerabilidad no es algo inherente a una determinada persona y por ello no se puede hablar *prima facie* de una persona vulnerable *per se*, sino que se trata de condiciones o causas determinadas por el entorno que son las que sustentan esa vulnerabilidad y que pueden colocar a un individuo frente a riesgos o circunstancias desventajosas o difíciles de repeler.

⁸ Adoptadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en el año 2008 y ratificadas por la Corte Plena del Poder Judicial costarricense en la sesión n°. 17 del 26 de mayo del 2008.

Del mismo modo, pero enfocando la vulnerabilidad dentro del ámbito jurídico penal, es posible encontrar insumos para darle contenido al concepto desde una perspectiva doctrinaria y en ese orden de ideas, BUOMPADRE (2013, p. 180) señaló que esta comprende una *“especial situación de debilidad en que se encuentran ciertas personas por hallarse afectadas de enfermedades o padecimientos, o por encontrarse en determinadas situaciones que las colocan en una condición de inferioridad ante el autor”*.

Si bien no toda la definición desarrollada por BUOMPADRE (2013) es ajustable para la realidad costarricense, porque su primer postulado relativo a enfermedades y padecimientos más podría relacionarse con la incapacidad para resistir –que será objeto de análisis más adelante– sí es rescatable un aspecto esencial propio de la condición de vulnerabilidad, que es la colocación de la víctima en un estado de debilidad o inferioridad frente al sujeto activo.

Otra definición que resulta de preeminencia en torno a la vulnerabilidad es la detallada por MOYA (2020), quien, haciendo alusión a la experiencia española en este tipo de temáticas, argumentó que:

...en las Reglas de Brasilia se emplea la expresión «vulnerable» para aludir a la víctima con una menor capacidad tanto para defenderse del ataque como para recuperarse del mismo. Consecuentemente, define la vulnerabilidad desde una doble perspectiva: la mayor probabilidad tanto de sufrir victimización como de padecer secuelas tras haber experimentado el suceso traumático. En coherencia con ello, a mi juicio, debería entenderse que una persona es vulnerable si tiene más riesgo de ser víctima de un delito, atendiendo a sus menores posibilidades de defensa, y, además, su dificultad para sobreponerse al mismo es mayor, acrecentándose las posibilidades de victimización secundaria, terciaria e incluso de nueva victimización (p. 18).

A nivel jurisprudencial, el concepto de vulnerabilidad ha sido desarrollado por los tribunales costarricenses y a este tenor es oportuno incorporar algunos extractos

de interés en los que se ha abordado el tema, debiéndose iniciar con el voto n°. 1329-2019, de las doce horas con diez minutos del dieciocho de octubre del dos mil diecinueve, de la Sala Tercera, en el que reafirmó la importancia de las Reglas de Brasilia como texto guía en esta materia, cuando indicó:

...las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana y ratificadas en sesión extraordinaria de Corte Plena número 17, del 26 de mayo del 2008, tienen como objetivo el garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad, sin discriminación alguna...

En esta dirección, del voto n°. 1848-2019, de las diez horas con cincuenta y cinco minutos del dieciséis de octubre del dos mil diecinueve, del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II Circuito Judicial de San José, se deriva lo que a continuación se transcribe:

La doctrina coincide en que la situación de vulnerabilidad alude a quien no tiene las herramientas necesarias para reponerse o salir de una situación difícil por sus propios medios: “En materia de protección de los derechos humanos, las nociones de igualdad y de vulnerabilidad van particularmente unidas. Son vulnerables quienes tienen disminuidas, por distintas razones, sus capacidades para hacer frente a las eventuales lesiones de sus derechos básicos, de sus derechos humanos. Esa disminución de capacidades, esa vulnerabilidad, va asociada a una condición determinada que permite identificar al individuo como integrante de un determinado colectivo que, como regla general, está en condiciones de clara desigualdad con respecto al colectivo mayoritario” (Red Derechos Humanos y Educación Superior. Derechos Humanos de los Grupos vulnerables, Manual. Universidad Pompeu Fabra, Barcelona. Programa Financiado por la Comisión Europea, 2014. pp. 14-15). Se identifican en general como condiciones de vulnerabilidad, la

pobreza, la discapacidad, la pertenencia a grupos indígenas, el género, la diversidad sexual, la edad, entre otras, lo que ha dado origen incluso a la adopción en el derecho internacional de los derechos humanos, de convenciones de derechos de sectores particularmente vulnerables, como esos, para asegurar una base de igualdad y por ende, una mejor protección y tutela de sus derechos...

Para mayor abundamiento, se debe incorporar lo expresado por el mismo Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José en el voto n°. 1827-2020, de las nueve horas con cinco minutos del doce de noviembre del dos mil veinte, en el que se explicó que:

Esa mayor vulnerabilidad de la persona ofendida puede obedecer a condiciones sociales, culturales, políticas, económicas, educativas, que incrementen la situación de desigualdad y de riesgo, que aprovecha el autor, por ejemplo: el abandono, la orfandad, la indigencia o pobreza extrema, una crisis emocional; pues son factores que debilitan la capacidad de la víctima para prevenir, resistir o sobreponerse a la conducta abusiva del autor...

Una vez en este punto, de acuerdo con los insumos antes incorporados y concretamente desde el punto de vista penal, es posible adicionar que una de las características de la vulnerabilidad es que ella responde a una posición asimétrica de poder del sujeto activo del delito en relación con la víctima, lo que provoca una disminución de las posibilidades que puede tener esa persona para hacer frente a una determinada situación en donde se pueden ver comprometidos sus derechos básicos, entendiendo, por supuesto, que existen multiplicidad de condiciones que se pueden asociar a una especial dificultad para oponerse al agresor o para reponerse de eventos victimizantes, en especial si son de carácter sexual.

Sobre este punto y tomando como base las Reglas de Brasilia, se puede inferir que para la determinación de las condiciones de vulnerabilidad encierra una gran relevancia el carácter estructural, sociocultural y hasta económico que

identifica sus causas, pues como ya se mencionó anteriormente, la vulnerabilidad no es algo inherente o previamente adquirido por una persona, sino que es el resultado de la puesta en marcha de una serie de estereotipos, estigmas, prejuicios y exclusiones que permean las relaciones con otros individuos, pero no solo eso, sino que también responde a una resistencia estructural –a veces subrepticia, a veces explícita– que le dificulta a estas personas acceder a las instancias institucionales para la protección efectiva de sus derechos.

Siempre sobre las tipologías de vulnerabilidad, debe señalarse que estas, en muchas ocasiones, son consecuencia de la desigualdad entre las personas que habitan un determinado territorio y las desventajas derivadas pueden tener implicaciones en casos específicos, por lo que válidamente podría decirse que como acción afirmativa, el legislador decidió incluir dentro del tipo penal de violación el supuesto en el que el acceso carnal o la penetración con dedos, objetos o animales, se produce mediante el aprovechamiento de la condición de vulnerabilidad de la víctima.

Ahora bien, el análisis de la tipicidad no puede limitarse a la mera constatación de que la víctima forme parte de alguno de los colectivos en los que es más factible encontrar condiciones de vulnerabilidad⁹, es decir, no porque la víctima sea una persona migrante, indígena, de escasos recursos económicos o menor de edad (de 13 a menos de 18 años), el acto sexual ejecutado por el agente será abusivo por sí mismo, sino que debe constatarse que la condición de vulnerabilidad incidió en la posibilidad real de otorgar un consentimiento libre hacia el acto sexual y es precisamente aquí en donde se erige como un aspecto esencial, el análisis de la relación asimétrica de poder entre las partes, que es un punto que se abordará más adelante en este artículo.

⁹ Recuérdese que las Reglas de Brasilia refieren que son condiciones de vulnerabilidad la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad.

Como complemento de lo anteriormente expuesto, es importante considerar que el análisis de la vulnerabilidad debe nutrirse, también, de los preceptos desarrollados en los diversos cuerpos normativos nacionales e internacionales que se han promulgado para tratar de equilibrar la situación en la que se encuentran las personas en condiciones de vulnerabilidad¹⁰, de ahí que, junto con los constitucionales y legales, sea fundamental la aplicación de criterios convencionales¹¹.

Con base en lo antes expuesto debe afirmarse que la vulnerabilidad constituye una causa de debilidad o fragmentación de las barreras protectoras del sujeto pasivo, cuyas herramientas para repeler el acto sexual abusivo o para contrarrestar las acciones del agente, se encuentran debilitadas en razón de las condiciones que lo ubican en una posición desfavorable y de inferioridad, empero, no por ello puede concluirse que la víctima pierda del todo su voluntad o sus capacidades ejecutivas y esta es la principal diferencia entre la vulnerabilidad y la incapacidad para resistir, pues en la primera la voluntad se mantiene, débil, pero existe, mientras que en la segunda, operó una anulación.

¹⁰ Algunas de las normas de carácter internacional cuyo estudio es necesario para el análisis de la condición de vulnerabilidad de una persona, tal como lo estableció el Consejo Superior del Poder Judicial en la circular n°. 76-2019 (sesión n°. 40-19 del 7 de mayo del 2019), son: la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la Declaración de los Derechos del Niño, la Convención sobre los Derechos del Niño, el Convenio n°. 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará), la Convención contra la Tortura y otros Tratos Inhumanos, Crueles y Degradantes, las Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas no Privativas de Libertad para las Mujeres Delinquentes (Reglas de Bangkok), las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos y los Principios de Yogyakarta, entre muchos otros.

¹¹ Tal como lo ha señalado el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2015), el control de convencionalidad implica que todos los órganos de un Estado que adoptó una convención que otorga o amplía derechos humanos, están sometidos a ella, por lo que las resoluciones que se adopten en todas las instancias deben procurar la materialización de las obligaciones internacionales que se contrajeron.

Un último detalle por tocar es que si bien la vulnerabilidad es un elemento objetivo normativo del tipo penal de violación y, por ende, su determinación depende de un proceso de valoración jurídica, sociocultural y hasta económica –según corresponda–, en muchas ocasiones se puede tornar necesaria la realización de trabajos de campo, de ahí la importancia que pueden tener las pericias psicológicas y de trabajo social, ya que de ellas se puede derivar información útil para la detección de una efectiva condición de vulnerabilidad de la víctima.

En relación con lo antes afirmado debe aclararse que no le corresponde ni a la persona psicóloga ni a la trabajadora social, catalogar *motu proprio* a la víctima analizada como en condición de vulnerabilidad, ni tampoco quien juzga este tipo de casos puede estar compelido a lo que señalen estos profesionales, porque como ya se indicó, la dotación de significado de la vulnerabilidad es una tarea que le compete, en definitiva, a la persona juzgadora, sin embargo, los profesionales auxiliares sí pueden proporcionar datos relevantes para revelar las circunstancias y el contexto en el que se desarrolla el sujeto pasivo, de ahí la trascendencia de su participación en los procesos penales en los que se investiga un delito de violación.

4.2. La incapacidad para resistir.

El concepto de incapacidad para resistir se ha mantenido incólume en el inciso 2 del artículo 156 desde que se promulgó el Código Penal vigente e históricamente se ha interpretado como la anulación de la posibilidad de repeler la acción del agente a partir de la existencia de limitaciones de índole físico (de movimiento), así como también, por la presencia de circunstancias de resorte psíquico en el sujeto pasivo.

En el voto n°. 988-2004 de la Sala Tercera, de las nueve horas con cincuenta y cinco minutos del veinte de agosto del dos mil cuatro se definió este elemento objetivo normativo del tipo penal, de la siguiente forma:

La incapacidad para resistir, tal y como lo ha establecido esta Sala en anteriores pronunciamientos, no hace referencia exclusiva a las condiciones intelectuales del sujeto pasivo, sino a todos aquellos factores mentales, físicos o psicológicos, que impiden a la víctima ejercer o mantener una adecuada defensa de su libertad sexual...

De la misma manera, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago, en el voto n°. 48-2015, de las diez horas del veintinueve de enero del dos mil quince, especificó, en torno a la incapacidad para resistir, lo siguiente:

Debe tenerse presente que la “incapacidad para resistir” que menciona el artículo 156 del Código Penal contempla no solo factores intelectuales, sino también los de orden físico, mental o psicológico y lo que se requiere es que tal incapacidad sea actual (es decir: exista en el momento del hecho, aunque el acto o actos que la produjeron sean anteriores) y que el sujeto activo se aproveche de ella...

Así pues, desde una perspectiva física, una persona se puede encontrar incapacitada para resistir un ataque sexual, por ejemplo, si se encuentra inmovilizada, ya sea de forma permanente o temporal, además, puede resultar incapaz para resistir una persona que es víctima de actos abusivos ejecutados sorpresivamente.

En torno a los supuestos de inmovilidad permanente, se puede encontrar incapacitada para resistir, por ejemplo, una persona cuadripléjica que no cuenta con la posibilidad de ofrecer alguna oposición a un acto abusivo consistente en una penetración por parte de otro individuo; en ese mismo sentido, una inmovilidad temporal la puede presentar una persona atada de pies y manos que es penetrada por un sujeto que se aprovecha de esa situación. En cuanto a este último ejemplo, debe valorarse si fue el mismo agente quien amarró a su víctima a la fuerza para poder penetrarla, pues de ser ese el supuesto, se podría estar en presencia de un

caso en el que primero hubo uso de violencia corporal (inciso 3 del artículo 156) y después de eso la víctima quedó incapacitada para resistir (inciso 2).

También puede ser un ejemplo de inmovilidad física, pero en este caso temporal, aquel en el que a una persona se le suministra o ingiere alguna sustancia o medicamento que provoca como secuela la depresión o supresión de las capacidades motrices –mas no cognitivas– y mientras surte efectos, la condición presentada por la víctima es aprovechada por otra persona para incurrir en el acto sexual abusivo consistente en una penetración. Lo mismo puede aplicar para una persona que se encuentra en estado de profundo agotamiento y que no puede repeler un ataque sexual por ese motivo.

Por otro lado, la ejecución de actos sexuales sorpresivos también puede sostenerse como una modalidad de aprovechamiento de la incapacidad para resistir, pues no puede ejercer oposición o defensa quien no puede prever. Ejemplo de este supuesto fáctico sería el de aquel individuo que está siendo objeto de un examen médico mientras se encuentra postrado en una camilla, boca abajo, sin poder ver a su tratante y de repente este le introduce un dedo en el ano.

No solo las causas físicas o la sorpresa pueden deparar una incapacidad para resistir, también existen factores de índole psíquico o mental, verbigracia, las consecuencias causadas por el uso de sustancias psicoactivas¹², los tratamientos médicos depresores del sistema nervioso, el sueño profundo, el miedo intenso y condiciones o patologías mentales que eventualmente pueden anular las capacidades cognitivas o que, sin hacerlo del todo, sí inciden en la capacidad de resistencia actual que pueda ofrecer un individuo.

En relación con la incapacidad para resistir como producto de la ingesta de sustancias psicoactivas, debe señalarse que muchas de estas sustancias, sin la necesidad de dejar plenamente inconscientes a las personas, pueden provocar

¹² Las sustancias psicoactivas son las que alteran el funcionamiento del sistema nervioso central del individuo que las consume, es decir, las que perturban la consciencia, el estado de ánimo y los procesos de pensamiento.

como consecuencia de su consumo la anulación de la libre voluntad del sujeto pasivo y por consiguiente, su indefensión, de hecho, personas ebrias o bajo los efectos de alguna droga pueden ver abolida transitoriamente su voluntad y por consiguiente, volverse incapaces de oponer resistencia frente a una agresión sexual.

En este tipo de casos, la discusión suele dirigirse hacia la forma en la que la víctima llegó al grado de anulación de su voluntad, esto en el sentido de si el consumo de las sustancias psicoactivas fue voluntario o medió alguna circunstancia externa. En el primero de los supuestos es factible aplicar el inciso 2 del numeral 156 del Código Penal, pues se conformaría la figura típica si, por ejemplo, un tercero, apreciando la falta de voluntad del sujeto pasivo a raíz de ese consumo voluntario de sustancias psicoactivas, se aprovecha de la situación para procurar un acceso carnal abusivo.

Sobre lo enunciado en el párrafo anterior deben hacerse algunas acotaciones aclaratorias en el sentido de que, si el sujeto pasivo y el sujeto activo habían consentido consumir las sustancias psicoactivas al unísono y posteriormente la situación de ambos deriva en relaciones sexuales, sería discutible –al menos en tesis de principio– si hay delito de violación. De una forma similar, si de previo a la ingesta de las sustancias psicoactivas y en uso de todas sus capacidades, el sujeto pasivo había consentido expresamente mantener relaciones sexuales con el sujeto activo, tampoco se podría afirmar que se cometió un delito. En cualquiera de estos supuestos habría que analizar las particularidades del caso concreto para la toma de una decisión acertada.

En virtud de que el tipo penal también abarca la posibilidad de que se encuentre dentro del supuesto de hecho el sujeto activo que se aprovecha de una situación creada por sí mismo, entonces puede introducirse aquel escenario en el que el agente, para procurar un provecho sexual, introduce de manera furtiva en

algún alimento o bebida que esté ingiriendo la víctima, sustancias para ocasionarle un estado de anulación de la voluntad o de indefensión.

También se puede presentar la situación en la que el sujeto activo obliga – mediante el uso de fuerza física o de intimidación, coacción o amenaza– el consumo de las sustancias psicoactivas en la persona ofendida para anular su voluntad y obtener un beneficio sexual, pues aquí más bien se estaría en presencia de acciones previas tendientes a un doblegamiento de la voluntad del sujeto pasivo mediante la aplicación de *vis*, lo cual podría encuadrar adecuadamente en el inciso 3 del artículo 156 de la norma penal sustantiva.

Por otro lado, existen tratamientos que utilizan sustancias o medicamentos que son depresores del sistema nervioso, es decir, que tornan más lenta la actividad del cerebro y que, en consecuencia, pueden provocar relajamiento muscular u otro tipo de sensaciones de sedación o pasividad; dentro de esta categoría se pueden incluir, a manera de ejemplo, las benzodiazepinas, los barbitúricos y algunos fármacos utilizados para inducir el sueño en las personas, de modo que, si el sujeto pasivo se encuentra bajo los influjos de estos medicamentos y ello elimina su capacidad actual de resistencia, una agresión sexual por parte del sujeto activo también verificaría el inciso 2 del artículo 156 por incapacidad para resistir.

En el párrafo anterior se hizo alusión al sueño y justamente el sueño profundo puede ser tratado como factor de incapacidad para resistir, por lo que es de relevancia señalar que cuando una persona está dormida, sus facultades de reacción al medio se reducen al máximo, es decir, cuando un individuo ingresa a las etapas de sueño profundo, sus ondas cerebrales se vuelven más lentas, su metabolismo se desacelera y su conexión con el ambiente circundante decae ostensiblemente, lo que provoca que resulte difícil despertar y si se hace, por unos instantes se produce un estado transitorio de cierta confusión, por lo que una penetración en esas condiciones sería propia del supuesto que es objeto de análisis.

En lo concerniente al miedo, este puede inducir muchísimas formas de reacción en las personas, sin embargo, en conjunción con circunstancias intimidantes o aterradoras desde la perspectiva del sujeto pasivo, puede provocar como reacción instintiva un estado disociativo similar a una especie de parálisis o estado de choque¹³ que le puede impedir a la víctima ejercer algún tipo de movimiento o de plantear una resistencia, de manera que cuando en el marco de este tipo de supuestos el sujeto activo se aprovecha para penetrar a la víctima, también se estaría en presencia del elemento objetivo contenido en el inciso 2 del numeral 156 del código sustantivo.

Finalmente, existen condiciones y patologías mentales que pueden anular la voluntad y con ella la posibilidad de otorgar un consentimiento libre con respecto a una relación sexual. En el primero de los supuestos, una condición como el retraso mental puede tener incidencia directa en la capacidad para ofrecer resistencia a un acto sexual abusivo, aunque no en todo caso debe ser así, pues establecerlo como regla general más bien resultaría discriminatorio y llevaría a estos individuos a un estado de permanente abstinencia¹⁴.

En relación con lo antes señalado, el retraso mental tiene diferentes niveles y no todos pueden ser factor de incapacidad para resistir¹⁵, es decir, no porque una persona presente cierto grado de retraso mental se supone *per se* que no puede

¹³ De acuerdo con la Real Academia Española, el choque es un “*estado de profunda depresión nerviosa y circulatoria, sin pérdida de conciencia, que se produce después de intensas conmociones, principalmente traumatismos graves y operaciones quirúrgicas*”.

¹⁴ Tómese en consideración que en la Ley para la Promoción de la Autonomía Personal, n.º. 9379, en sus artículos 2 y 11, se reconoce que las personas con discapacidad, dentro de las que se encuentran aquellas que tienen deficiencias mentales e intelectuales, siempre que cuenten con la debida información, pueden decidir en relación con sus derechos sexuales y reproductivos.

¹⁵ HALGIN y KRAUSS (2004), hacen alusión al retraso mental leve, al moderado, al severo y al profundo. En cuanto al leve, las personas generalmente logran desarrollar destrezas sociales y laborales apropiadas para mantener cierta autonomía, aunque pueden necesitar de supervisión y guía para la ejecución de algunas tareas; con respecto al retraso mental moderado, las personas se pueden adecuar a la vida social, comunicarse, trasladarse y desarrollar labores no calificadas, aunque igualmente con supervisión; en lo atinente al retraso mental severo, los individuos pueden presentar deficiencias motoras, pero son capaces de realizar tareas simples bajo supervisión; por último, en torno al retraso mental profundo, que por lo general está asociado a alguna patología neurológica, las personas suelen tener alteraciones sensoriales y motoras y aunque pueden desarrollar algunas habilidades de comunicación y cuidado personal, requieren de atención constante.

consentir una relación sexual, sino que la situación debe apreciarse según el caso concreto y con base en la asimetría en la posición entre el sujeto activo y el pasivo. En este sentido, si se logra constatar una relación desigual entre las partes, bien se podría estar en presencia de un aprovechamiento de la vulnerabilidad de la víctima o incluso, de una situación de incapacidad para resistir propiamente dicha, aunque en todo caso depende de si la voluntad del sujeto pasivo está minimizada o si se anuló, lo cual se debe valorar casuísticamente.

En otro orden de ideas, debe señalarse que existen patologías mentales que bien podrían incidir en la capacidad de una persona para resistirse a un acto sexual abusivo de penetración, pues eventualmente pueden provocar la anulación de voluntad o la pérdida de capacidad para realizar ciertos movimientos corporales asociados a la defensa frente a una agresión sexual; algunos ejemplos que pueden citarse son los de la apraxia¹⁶, el Alzheimer¹⁷ y la epilepsia cuando se producen episodios convulsivos, pero, nuevamente, la situación debe ser valorada en concreto porque cada caso puede tener múltiples variables, aunque sí debe mencionarse que resulta oportuno que se cuente con un criterio pericial que establezca los alcances de la patología que padece el sujeto pasivo.

4.3. Sobre el aprovechamiento de la condición de la víctima.

El examen de tipicidad no se puede limitar al tema de la detección de la vulnerabilidad de la víctima o de la incapacidad para resistir, sino que igualmente merece un análisis específico el acto de aprovechamiento que debe ser efectuado por el agente, ya que está íntimamente vinculado con el elemento subjetivo dolo, por consiguiente, el agente debe tener conocimiento y voluntad respecto de la condición en la que se encuentra el sujeto pasivo.

¹⁶ Manifestación de demencia que provoca que una persona pierda la capacidad de realizar movimientos corporales coordinados.

¹⁷ Atrofia cerebral que provoca deficiencias cognoscitivas que pueden implicar alteraciones en el lenguaje, en la capacidad motora, en el reconocimiento de personas u objetos, en la memoria y, en general, pérdida gradual de capacidades ejecutivas.

Sobre el particular se tiene que considerar que lo importante para la confirmación de la tipicidad de la conducta es que el sujeto activo se aproveche de la vulnerabilidad de la víctima o de su incapacidad para resistir, es decir, que tenga conocimiento de la condición de desventaja o de indefensión en la que se encuentra el sujeto pasivo y quiera valerse de eso para obtener un beneficio para sí, independientemente de que la condición de vulnerabilidad o la incapacidad para resistirse sean el resultado de circunstancias que le son ajenas, es decir, que no fueron cimentadas o creadas por él.

Como ya se mencionó, para que se configure el aprovechamiento, el agente debe conocer que su víctima se encuentra en una posición de inferioridad o desigualdad dentro de la relación y que, a partir de allí, pretenda valerse de eso para concretar sus intenciones ilícitas, de manera que en aquellos supuestos en los que el agente desconoce la condición de vulnerabilidad de la víctima o su incapacidad para resistir, verbigracia, cuando el sujeto activo cree que el sujeto pasivo se encuentra consciente porque así lo aparenta, pero en realidad no lo está –por ejemplo por la ingesta de sustancias psicoactivas–, lo que se podría presentar es un error de tipo.

La situación descrita en el párrafo anterior debe diferenciarse de aquella en la que el sujeto pasivo no muestra signos externos de negativa a la relación sexual a pesar de encontrarse en una relación desigual, porque tal como ya se indicó en líneas precedentes, lo adecuado en estos supuestos es partir de la teoría de la manifestación de voluntad y no establecer una presunción de aceptación. En este orden de ideas, no resultaría viable que el sujeto activo alegue un error de tipo porque supuso falsamente que el silencio o la inacción del sujeto pasivo autorizaban su proceder.

4.4. La relación asimétrica entre el sujeto activo y el sujeto pasivo como factor clave en el aprovechamiento de la vulnerabilidad de la víctima y de la incapacidad para resistir.

De acuerdo con lo que se ha venido exponiendo, un aspecto que resulta de trascendental relevancia para la determinación del aprovechamiento de la vulnerabilidad de la víctima y de la incapacidad para resistir, en el marco del inciso 2 del artículo 156 del Código Penal, está constituido por la existencia de una relación asimétrica entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, que finalmente es lo que da paso a que el agente pueda obtener un provecho a partir de la condición específica en la que se encuentra la víctima del delito.

Esta asimetría en la relación entre el agente y su víctima puede mostrarse desde una multiplicidad de perspectivas, sin embargo, utilizando la nomenclatura desarrollada por FOUCAULT (1998), finalmente se resume en una posibilidad de dominio y de un ejercicio de superioridad, lo cual, a su vez, se puede encontrar mediado por criterios de raigambre estructural, histórica, sociocultural, familiar, laboral, física, económica y hasta religiosa.

En igual sentido, la asimetría en una relación entre dos personas no necesariamente tiene que ser estática, permanente o evidente, por el contrario, depende de las condiciones particulares de cada caso, pues algo que caracteriza al ejercicio de poder es que es dinámico, movedizo y se puede recubrir de diferentes maniobras, todo lo cual provoca que el examen del aprovechamiento de la vulnerabilidad o de la incapacidad para resistir como elementos en un delito sexual como la violación, amerite un exhaustivo análisis.

Sobre esta relación asimétrica entre el sujeto activo y el pasivo, desde una perspectiva doctrinaria en el ámbito jurídico, RAGUÉS (2015) señaló que:

La apreciación de esta modalidad típica requiere que la situación de inferioridad de la víctima respecto al autor le haya impedido consentir libremente, un efecto este que debe ser efectivamente constatado y que no puede presumirse siempre que concurre una situación objetiva de superioridad (p. 138).

En el mismo sentido, MUÑOZ y GARCÍA (2013), refiriéndose al distinto posicionamiento de los sujetos que intervienen en las relaciones sexuales con carácter delictivo a las que se ha venido aludiendo, detallaron que:

...es entendido como el abuso de una situación de superioridad capaz de limitar la libertad de decisión del sujeto pasivo (...) Se exige para el prevalimiento, un desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes en el que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente (p. 225)

En este orden de ideas, el aprovechamiento de la vulnerabilidad de la víctima e incluso, de la incapacidad para resistir, son circunstancias que están mediadas por la imposibilidad de que se pueda establecer un auténtico diálogo bilateral entre el agente y la víctima, pues no están dentro de un mismo plano, es decir, no se trata de una interacción entre iguales con las mismas posibilidades de tomar decisiones libres, por consiguiente la persona ofendida no tiene los medios reales para participar en un verdadero intercambio de voluntades y es justamente aquí donde se puede establecer que la vulnerabilidad y la incapacidad para resistir son un correlato de la asimetría de poder en la relación.

Es claro que la asimetría en las relaciones entre el sujeto activo y su víctima, prácticamente se encuentra presente en la base de toda conducta delictiva de carácter sexual y así lo es con medular claridad en el delito de violación por aprovechamiento de la vulnerabilidad de la víctima y por la incapacidad para resistir, pues es precisamente ese ejercicio de poder el que le permite al agente aprovecharse de la situación para incidir en la debilitada voluntad de la otra persona (en el caso de la vulnerabilidad) o para obtener provecho de la falta de voluntad de su víctima (en el supuesto de incapacidad para resistir).

No puede perderse de vista que existe una dependencia intrínseca y proporcional entre la asimetría en la relación, la vulnerabilidad y la incapacidad para resistir, pues en tanto mayor es la primera, mayores serán la segunda y la tercera y

esto, a su vez, puede tener una incidencia directa en las consideraciones asociadas a la valoración de la responsabilidad del sujeto activo y de la magnitud de las consecuencias del evento fáctico en particular.

La Sala Tercera abordó este tema en un antecedente jurisprudencial de mucha relevancia, que es el voto n°. 125-2017, que data de las de las nueve horas con cincuenta y cinco minutos del diecisiete de febrero del dos mil diecisiete, en el que, para lo conducente, explicó:

...en el inciso 2) se estipulan dos situaciones distintas e independientes (aunque están relacionadas y pueden presentarse conjuntamente), por una parte, cuando el encuentro sexual sea producto de un aprovechamiento de la vulnerabilidad de la víctima, y por otra, cuando la víctima se encuentre incapacitada para resistir. Estas dos situaciones están relacionadas, pues en ambos casos se trata de relaciones de poder asimétricas. Una relación de poder es aquella en que un sujeto impone su voluntad sobre otro. Una relación de poder asimétrica es aquella en la que una de las partes tiene una clara posición de dominación, y por lo tanto las posibilidades de resistir la voluntad del otro son muy reducidas o nulas. De modo que la diferencia entre las dos situaciones descritas en este inciso, es de grado, mientras en una la capacidad de resistir se mantiene, aunque muy reducida, en la otra es nula. En el caso de la incapacidad para resistir, claramente no se trata de un caso de voluntad opuesta al encuentro, sino más bien de ausencia de voluntad, que por supuesto conlleva la imposibilidad de un encuentro sexual consentido. Si la persona es incapaz de resistir, entonces es incapaz de auto-determinarse libremente, pues no puede decidir. Un ejemplo de este caso sería el de una persona en estado de inconsciencia. Por su parte, en el caso del aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad, la persona sí tiene, al menos formalmente, capacidad de resistir, sin embargo, por su particular posición de vulnerabilidad, la relación de poder resulta tan asimétrica, que el

legislador presume (presunción iuris tantum, admite prueba en contrario) que se trata de una relación abusiva en la que no es posible un libre ejercicio de la autodeterminación sexual...

Antes de cerrar este párrafo es importante aclarar que la asimetría en la relación que es propia del inciso 2 del artículo 156, es más genérica que la que se pone de manifiesto en el numeral 157 del mismo Código sustantivo, pues en la violación calificada se enumeran presupuestos muy específicos en los que se profundiza el desvalor del acto y se ensancha el consecuente reproche, ya sea por el nexo familiar entre los sujetos (incisos 1, 2 y 3), el ejercicio de una tutela o encargo (inciso 4), las consecuencias del hecho delictivo (incisos 5 y 6), la participación de varios sujetos (inciso 7) y el prevalimiento de una relación de poder resultante del ejercicio de un cargo en particular (inciso 8).

5. Conclusión.

Como corolario debe señalarse que la vulnerabilidad de la víctima y la incapacidad para resistir son los elementos objetivos normativos que conforman el inciso 2 del artículo 156 del Código Penal porque su dotación de contenido responde a un ejercicio valorativo que implica no solo conocimiento jurídico, sino, también, la utilización de una serie de insumos que responden a parámetros de carácter estructural, sociocultural y económico, entre otros.

Asimismo, entre los elementos a los que se ha venido haciendo alusión, existe una relación muy trascendente que tiene que ver con la posibilidad de autodeterminarse libremente para participar de un acto sexual, por lo que, al fin de cuentas, la voluntad y el consentimiento constituyen un aspecto de primordial valoración en tanto que la vulnerabilidad lo que involucra es un debilitamiento de la capacidad para oponerse, aunque no suprime del todo la voluntad del sujeto pasivo, mientras que la incapacidad para resistir lo que apareja es una ausencia de voluntad por parte de la víctima.

Entonces, al existir una diferencia de grado entre la vulnerabilidad y la incapacidad para resistir, la valoración por parte de los operadores de justicia debe ajustarse a cada situación en particular que se les presente, por lo que, si bien es cierto que estos elementos pueden, eventualmente, concurrir o configurarse de forma conjunta en un determinado caso, no es adecuado su uso genérico e indiscriminado.

Finalmente, es importante considerar que en cualquier caso, el factor cuyo análisis no puede faltar es el de la relación asimétrica de poder entre el sujeto activo y el pasivo, pues este aspecto puede ser concluyente para la determinación de si puede corroborarse, o no, la existencia de un delito de violación.

6. Referencias bibliográficas.

- **Libros y revistas:**

Agustina, J. y Panyella-Carbó, M (2020). *Redefiniendo los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas*. En Revista Política Criminal, vol. 15, n°. 30, diciembre 2020, pp. 526-581.

Boumpadre, J. (2013). *Manual de Derecho Penal: Parte especial*. Buenos Aires: Astrea.

Castillo, F. (2008). *Derecho Penal: Parte general*. Tomo I. San José: Editorial Jurídica Continental.

Castillo, F. (2010). *Derecho Penal: Parte general*. Tomo II. San José: Editorial Jurídica Continental.

Foucault, M. (1995). *Historia de la sexualidad I: La voluntad de saber*. Madrid: Siglo XXI.

Foucault, M. (1998). *Historia de la sexualidad II: El uso de los placeres*. Madrid: Siglo XXI.

Halgin, R. y Krauss, S. (2004). *Psicología de la anormalidad: Perspectivas clínicas sobre los desórdenes psicológicos*. México: McGraw-Hill

Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (2015). *Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia*. San José: IIDH.

Maqueda, M. y Lorenzo, P. (2016). *El Derecho Penal en casos: Parte general, teoría y práctica*. Valencia: Tirant lo blanch.

Moya, C. (2020). *La especial vulnerabilidad como circunstancia agravante: Resultados de una investigación sobre la jurisprudencia penal española*. En Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª. Época, n°. 24 (julio de 2020), pp. 13-58.

Muñoz, F. y García, M. (2013). *Derecho Penal: Parte especial*. Valencia: Tirant lo blanch.

Ragués, R. (2015). *Lecciones de Derecho Penal: Parte especial*. Barcelona: Atelier.

Uribe, E. y Romero, J. (2008). *Vulnerabilidad y victimización en el Estado mexicano*. En Revista Espiral, vol. XIV, n°. 42, mayo-agosto 2008, pp. 75-95.

Zaffaroni, E. (2002). *Derecho Penal: Parte general*. 2ª. ed. Buenos Aires: Ediar.

- **Resoluciones judiciales:**

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto n°. 988-2004, de las nueve horas con cincuenta y cinco minutos del veinte de agosto del dos mil cuatro.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto n°. 125-2017, de las nueve horas con cincuenta y cinco minutos del diecisiete de febrero del dos mil diecisiete.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto n°. 1329-2019, de las doce horas con diez minutos del dieciocho de octubre del dos mil diecinueve.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del III Circuito Judicial de Alajuela. Voto n°. 698-2014, de las trece horas con cincuenta y cinco minutos del veinticinco de noviembre del dos mil catorce.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago. Voto n°. 48-2015, de las diez horas del veintinueve de enero del dos mil quince.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II Circuito Judicial de San José. Voto n°. 1848-2019, de las diez horas con cincuenta y cinco minutos del dieciséis de octubre del dos mil diecinueve.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José. Voto n°. 1827-2020, de las nueve horas con cinco minutos del doce de noviembre del dos mil veinte.