

EL COBRO INDEBIDO DE HONORARIOS. UNA FIGURA QUE APORTA POCO E INTRINCA MUCHO

1. INTRODUCCIÓN.

El cobro indebido de honorarios es una novedosa figura introducida por el Código Penal de 1.997: “1° *El funcionario público, abogado u otro auxiliar de justicia que, a sabiendas, cobrara en su provecho honorarios u otras remuneraciones no debidas, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa. 2° En estos casos, será castigada también la tentativa*”.

No encontramos antecedentes de la figura en nuestro catálogo histórico de hechos punibles. Tampoco es de aplicación frecuente en Tribunales desde que, pese al empeño, ninguna resolución al respecto obtuvimos en la Corte Suprema de Justicia o en las Salas de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal. La magra doctrina nacional dedicó contadas líneas a un estudio superficial y ligero.

Estas circunstancias empujan a un análisis más detenido del tipo, el cual, si bien simple en su redacción, entraña espinosos problemas interpretativos.

El ilícito presenta una singularidad que despunta ante el exegeta: es un delito especial cuya autoría envuelve, asimilados, al abogado y demás auxiliares de justicia con los funcionarios públicos.

Sucede que, tanto unos como otros, cada quien en su ámbito, están comprometidos de manera equivalente con el “(...) *normal, ordenado y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado (...)*”¹.

El hecho punible *sub examine* se catalogó, en la técnica del Código, bajo el *nomen iuris*: “**HECHOS PUNIBLES CONTRA EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS**”². El concepto “*función pública*” traduce la actividad integral del Estado en orden al cumplimiento de sus fines. Congloba entonces la esfera de gobierno, incluyendo la gestión

¹ SEBASTIÁN SOLER, “Derecho Penal argentino”, Tea, décima reimpresión total de la cuarta edición, Buenos Aires – Argentina, 1.992, T. V, Pág. 122.

² Capítulo III, Título VIII, Libro II del Código Penal paraguayo.

de sus tres Órganos: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. *“En efecto, en la esfera del Derecho Penal, el concepto administración pública es superado porque la protección se extiende tanto sobre las funciones administrativas propiamente dichas, como sobre las otras funciones del Estado (...); es el gobierno del Estado totalmente integrado con los poderes que lo componen (...)”*³.

Y es por su incidencia en la administración de justicia, como aspecto de la función pública, que se equiparan los profesionales del foro y los funcionarios públicos.

El perenne maestro **FRANCESCO CARRARA** reseña históricamente la especial responsabilidad del abogado respecto de la justicia pública: *“En los tiempos primitivos era imposible llevar a la realidad el concepto de una clase de ciudadanos destinada exclusivamente al patrocinio de las partes en sus controversias; todo se hacía entonces en el juicio, sin ningún orden y según la ocasión: se improvisaban los acusadores, que eran los ofendidos o sus partidarios; se improvisaban los jueces, que eran los más ancianos de la tribu y se improvisaba también a los apoderados, si algún amigo o pariente del acusado quería presentarse a sostener la inocencia de aquél (...). Pero cuando los progresos de la civilización constituyeron el orden judicial fue preciso, por necesidad correlativa, que se constituyera la clase de abogados, es decir, que del mismo modo que la autoridad social escogía a ciertos ciudadanos a quienes les confería la facultad de actuar como jueces, así también la facultad de defender en los juicios los intereses ajenos debía restringirse a un número de personas a las cuales, bajo las condiciones debidas, debía darles licencia esa autoridad misma. Estas condiciones eran las de probidad y capacidad, deducidas de ciertos hechos anteriores de los que aspiraban a ser incluidos en ese número. Una vez constituida la clase de los abogados o curia como cuerpo privilegiado y distinto, requería la justicia que, puesto que iban a concedérseles derechos especiales, así también debían imponérseles deberes especiales y, sobre todo, el de fidelidad (...)”*⁴.

³ EDGARDO ALBERTO DONNA, “Delitos contra la administración pública”, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires – Argentina, 2.000, Pág. 12.

⁴ “Programa de Derecho Criminal”, traducción de JOSÉ ORTEGA TORRES, Temis, Santa Fe de Bogotá - Colombia, 2.002, T. VII, Págs. 142/144.

Los auxiliares de justicia, incluyendo desde luego al legisperito, desempeñan una trascendente función pública o en todo caso, pseudo – pública. Y es que contribuyen con el órgano jurisdiccional a componer los conflictos sociales, pacificar las relaciones humanas, preservar el orden normativo y procurar seguridad jurídica; aún los profesionales liberales, desde que, aunque atiendan intereses particulares, trascienden en su acción para servir finalmente al interés público de la justicia, dentro de cuyo marco deben desempeñarse.

Concordamos entonces con la redacción y el sistema del legislador, advirtiendo incluso posiciones en contrario como la del profesor **ENRIQUE CANTERO**: “(...) *El abogado no es funcionario público. Se lo tiene que sancionar (...) pero la sanción debe estar establecida en un Capítulo diferente (...)*”⁵.

2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

Entendemos que este delito es pluriofensivo. Aunque se lo rotule como dañoso al ejercicio de funciones públicas, palmario se muestra su paralelo carácter patrimonial. Ergo, lesionará por un lado deberes jurídico – públicos de probidad y fidelidad (especiales cargas sociales impuestas en razón de las funciones) y por otro, el peculio de quien paga lo indebido.

3. AUTORÍA.

El cobro indebido de honorarios es de los llamados delitos especiales propios; o sea, sólo podrá cometerlo quien reúna las particulares características de autor apuntadas en la norma quedando impune el que lo perpetre sin la especial calificación.

Son potenciales sujetos activos del tipo: a) los funcionarios públicos; b) los abogados y demás auxiliares de justicia.

3.1. FUNCIONARIOS PÚBLICOS.

El Código Penal paraguayo define “*funcionario*”, a sus propios efectos, en el Art. 14 Inc. 1) Num. 14): “*el que desempeñe una función pública, conforme al derecho paraguayo, sea éste funcionario, empleado o contratado por el Estado*”. Esta norma

⁵ “Nuevo Código Penal. Opiniones y comentarios”, Colegio de Abogados del Paraguay, Asunción - Paraguay, 1.999, Pág. 304.

remisiva conduce entre otras, a la Ley N° 1.626/00 (“*De la función pública*”) y a la Ley N° 977/96 (“*Que aprueba la Convención Interamericana contra la corrupción*”), cuyas disposiciones omitimos por los límites de esta monografía.

Sintéticamente entonces, a los fines penales, la calidad de funcionario se condiciona preceptivamente a dos presupuestos: a) ejercicio de una función pública; b) que la misma se desempeñe según el ordenamiento jurídico nacional.

Entendemos por “*función pública*”, ya lo dijimos en otras palabras, toda actividad, temporal o permanente y en cualquier nivel jerárquico, realizada en nombre del Estado, al servicio de éste o de sus entidades y siempre en orden a sus fines. “*Función pública es la proyectada al interés colectivo o social, al bien común y realizada por órganos estatales o paraestatales*”.⁶

Ahora, ¿a qué apunta la ley cuando reclama que el ejercicio sea “*conforme al derecho paraguayo*”? Pensamos que esta condición demanda un título jurídico habilitante legalmente previsto (léase: elección, nombramiento o contratación).

Vale decir, funcionario (para el Derecho Penal) será quien desempeñe una función pública, siempre que haya sido formalmente designado al efecto.

Esta noción plantea dos cuestiones: a) ¿cuál es la situación de los particulares que asumen de *motu proprio* una función pública sin incorporación formal?; b) ¿qué pasa con los agentes formalmente designados, empero, ilegítimamente o por acto que termina tachado de nulidad?. En el primero de los casos no podrá hablarse de funcionario puesto que no existe título jurídico habilitante, *conditio sine qua non* estimamos. En el segundo, en cambio, se imputará el atributo pues quedan verificados ambos presupuestos normativos, al menos, mientras no se finiquite la anómala situación (el Código Penal paraguayo afianza esta tesis en sus Arts. 16⁷ y 192⁸).

⁶ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, “Derecho Penal – Parte Especial”, Tirant Lo Blanch, undécima edición, Valencia – España, 1.996, Pág. 831.

⁷ “**ACTUACIÓN EN REPRESENTACIÓN DE OTRO** (...) 4° Los incisos anteriores se aplicarán aún cuando careciera de validez el acto jurídico que debía fundamentar la capacidad de representación o el mandato”.

⁷ “**LESIÓN DE CONFIANZA** (...) 3° Se aplicarán los incisos anteriores aún cuando careciera de validez la base jurídica que debía fundamentar la responsabilidad por el patrimonio”.

3.3. ABOGADOS Y DEMÁS AUXILIARES DE JUSTICIA.

Es abogado (reconociendo lo baladí de la conceptualización) el “(...) *profesional universitario, con título hábil, a quien compete el consejo o asesoramiento en materia jurídica, la conciliación de las partes con intereses opuestos y el patrocinio de las causas que considere justas*”⁹.

La Ley N° 879/81 (“*Código de Organización Judicial*”) indica en sus Títulos V y VI quiénes más son auxiliares de justicia, algunos de los cuales comparten también la calidad de funcionarios: el ministerio de la defensa pública en todos los fueros, los procuradores, escribanos públicos, rematadores, oficiales de justicia, traductores, intérpretes, peritos, síndicos de quiebras, el cuerpo médico forense, los actuarios judiciales y ujieres notificadores.

En puridad, son auxiliares de justicia “*los que colaboran, sean o no funcionarios públicos, con la administración de la justicia*”¹⁰, aunque no hayan sido positivamente considerados (verbigracia: policía judicial, relatores, oficiales de secretaría, dactilógrafos, etcétera). Esta posición no podrá estimarse perjudicialmente analógica; la interpretación extensiva que incluya en el término legal el máximo de acepciones permitidas por su tenor literal, sin rebasarlo, es siempre respetuosa del principio de legalidad.

Entendemos que no es suficiente el rótulo o sea, el diploma, nombramiento o credencial; es necesario que el agente se encuentre efectivamente habilitado para ejercer la función de que se trate. Si el tipo glosado pretende reprimir el perverso o deficiente ejercicio de funciones públicas, naturalmente, el sujeto activo debe tener posibilidad cierta de actuación. Así, por ejemplo, el abogado será potencial autor desde que reciba su matrícula profesional, aunque antes hubiese obtenido el título.

3.4. DOMINIO DEL HECHO Y AUTORÍA MEDIATA.

⁹ EDUARDO COUTURE, “Vocabulario Jurídico”, Depalma, tercera reimpresión, Buenos Aires – Argentina, Pág. 58.

¹⁰ GUILLERMO CABANELLAS, “Diccionario de Derecho usual”, Heliasta, octava edición, Buenos Aires – Argentina, 1.974, T. I, Pág. 246.

Según el Art. 29 C.P. paraguayo: “1° Será castigado como autor el que realizara el hecho obrando por sí o valiéndose para ello de otro. 2° También será castigado como autor el que obrara de acuerdo con otro de manera tal que, mediante su aporte al hecho, comparta con el otro el dominio sobre su realización”.

Nuestra legislación afilió la doctrina *welzeliana* del “dominio del hecho”. Será autor entonces, quien encamine la totalidad del suceso delictivo hacia el fin perseguido, lo cual excede el control sobre el acto particular de cada interviniente; vale decir, aunque cada partícipe domine su propia acción, el autor dominará el conjunto; dominar implica “*sobredirigir*” a los demás.

La autoría inmediata, simple o directa, no presenta mayores inconvenientes en el hecho punible analizado.

Tampoco la autoría mediata. En estos casos se utilizará a otro para que ejecute la acción material del ilícito. Como el llamado “*hombre – instrumento*” no perpetra hecho punible alguno en cuanto actúa, según el caso, de manera atípica, no antijurídica o irreprochable, poco importa que revista o no las especiales cualidades de autor que exige el tipo, las que si se buscarán en el “*hombre de atrás*”.

Un aparente problema se presenta sin embargo cuando un sujeto *calificado* se vale de otro *no – calificado* que obra dolosamente (verbigracia: el asistente que, a sabiendas, cobra para su jefe una remuneración indebida con la promesa de un porcentaje). Recordemos que cuando ambos actores conocen las circunstancias delictivas y se determinan de igual manera no puede hablarse de autoría mediata sino, en todo caso, de instigación.

En los delitos especiales como el que nos ocupa, los agentes *calificados* se nominan *intraneus* y los *no – calificados*, *extraneus*.

Sucede que, si analizamos el particular ligeramente, podríamos considerar que el *extraneus* tiene dominio del hecho. Esta aserción apareja impunidad; en efecto, el *extraneus* no podrá ser autor por falta de calificación legal y el *intraneus* tampoco será instigador puesto que la instigación supone autoría en el instigado.

No obstante, la engañosa complicación se aclara teniendo presente, como se dijo *supra*, que el dominio no se despliega precisamente sobre los actos de los partícipes, sino sobre el hecho considerado en su dimensión total. “*En los delitos especiales el tipo está constituido por una violación del deber que, especialmente, incumbe al sujeto activo. Lo que debe dominarse por el sujeto calificado, único que puede ser autor, es el hecho que infringe el deber (...) Por eso es preciso distinguir entre el dominio de la acción de infracción del deber, que sólo puede tenerla quien es sujeto del deber y el dominio que sobre su propia acción tiene el extraneus, no sujeto del deber. Pero el dominio del hecho que determina la autoría depende de la posición relativa del sujeto respecto de los demás desde un punto de vista de la estructuración directa del hecho total. En los delitos de infracción de deber sólo puede tener esta posición el que es sujeto del deber*”¹¹.

Lo expuesto funda nuestra solución: habrá autoría directa del *intraneus* y complicidad del *extraneus*.

3.5. PARTICIPACIÓN.

Conforme al Art. 14 Inc. 1) Num. 10) del Código Penal paraguayo son partícipes los instigadores y cómplices, es decir, quienes concurren con un aporte material o intelectual al hecho punible pero carezcan de dominio sobre su realización. Instigador es quien determina dolosamente a otro a cometer un ilícito y cómplice quien presta un aporte co-causal doloso en la realización del tipo penal.

El punto a resolver es la participación de los *extraneus* en el delito especial que se estudia. Nuestro Código Penal zanja las oscilaciones doctrinarias en su Art. 32: “*1° Cuando no se dieran en el instigador o cómplice las condiciones, calidades o relaciones personales (...) que fundamenten la punibilidad del autor, la pena será atenuada (...)*”.

¹¹ ENRIQUE BACIGALUPO, “Manual de Derecho Penal”, Temis, tercera reimpresión, Santa Fe de Bogotá – Colombia, 1.996, Pág. 194.

4. ACCIÓN TÍPICA.

La acción típica consiste en percibir, en provecho propio, “*honorarios u otras remuneraciones no debidas*”. Así de simple y así de complicado.

Para fijar correctamente el alcance de la locución “*no debidas*”, que integra el cuerpo del artículo, debemos asociarla al vocablo “*indebido*”, que pertenece a la denominación legal del tipo. “*No debido*” no es lo mismo que “*indebido*”.

En efecto, remuneraciones “*no debidas*” serían sólo aquellas no obligatorias ni exigibles; en tanto, “*indebidas*” son, además, las ilícitas, ilegales, prohibidas, arbitrarias, excesivas o inmerecidas.

Una remuneración, en determinados casos, puede ser “*indebida*” pero aún así exigible. Verbigracia: el funcionario que, teniendo tareas asignadas, agota las horas laborales leyendo el periódico; su salario será exigible mientras no se lo cese ¹², sin embargo, “*indebido*” por atañer a un trabajo no prestado.

Asumimos que el tipo castiga la cobranza de asignaciones “*indebidas*” antes que “*no debidas*”.

En cualquiera de los casos hablamos de una ley penal en blanco, ya que sólo normas extra – penales precisarán el carácter indebido o no de los estipendios.

Una llamada de atención: el principio de legalidad consagrado en el Art. 1 del Código Penal paraguayo excluye la subsunción de los cobros en beneficio de tercero y no en provecho propio.

La remuneración irregular podrá ser en dinero o en especie.

Básicamente, ubicamos tres ocurrencias posibles: a) el autor percibe una remuneración que tiene prohibida; b) el autor cobra una remuneración excesiva; c) el autor recibe una remuneración por un trabajo que no realiza o que ejecuta deficientemente.

¹² Por el principio de “*continuidad*”, según el cual debe pagarse el sueldo mientras subsista la relación laboral, se haya o no prestado el servicio.

4.1. EL AUTOR COBRA UNA REMUNERACIÓN QUE TIENE PROHIBIDA.

Por ejemplo: cuando se percibe más de una remuneración o sueldo en carácter de funcionario público (situación prohibida por el Art. 105 de la Constitución Nacional); cuando perciban honorarios como abogados los demás potenciales autores con incompatibilidad para el ejercicio privado (*vide* Art. 97 del Código de Organización Judicial); cuando algún funcionario sea remunerado por actividades ocupacionales vedadas por incompatibles con el cargo; el Actuario u otro dependiente judicial que colecte por intervenciones que debieran ser gratuitas; el abogado obligado a asistir al beneficiario de litigar sin gastos que cobre a su patrocinado fuera de las condiciones legales (*vide* Arts. 594 y 595 del Código Procesal Civil); etcétera.

4.2. EL AUTOR COBRA UNA REMUNERACIÓN EXCESIVA.

De hecho, en el anteproyecto del Código Penal vigente, el delito se bautizó “*recaudación excesiva de honorarios*”¹³.

Tratándose de funcionarios, esta variante se conformará cuando perciban remuneraciones que excedan las cuantías previstas en las partidas pertinentes del Presupuesto General de la Nación o en los contratos.

Respecto a los abogados y demás auxiliares de justicia no funcionarios, creemos que sólo podrá subsumirse el cobro de sumas que superen las reguladas judicialmente. El principio de “*autonomía de la voluntad*” consagrado en los Arts. 9 (segunda parte) de la Constitución Nacional, 669 y 715 del Código Civil, habilita convenir retribuciones mayores a las establecidas en las leyes arancelarias; de allí que no pueda hablarse de ilegitimidad o ilicitud en estos casos. Sin embargo, cuando los honorarios se regulan judicialmente, por el carácter de orden público de las normas que se emplean para el efecto ¹⁴, obligado y beneficiario quedan subyugados al monto tasado.

¹³ Art. 301 del anteproyecto de Código Penal presentado por el MINISTERIO PÚBLICO en el año 1.994.

¹⁴ “*Las disposiciones del Código Arancelario resultan de orden público, en donde la voluntad de los particulares resulta indiferente porque el interés jurídico que ellos protegen es el de la organización social; en otras palabras, se responde a un interés jurídico general colectivo, por oposición a las normas de orden privado, que únicamente pretenden proteger el legítimo provecho particular*” (LUIS LEIVA FERNÁNDEZ, “*Digesto La Ley. Honorarios*”, La Ley, primera edición, 2.002, Buenos Aires – Argentina, T. II, Pág. 55, Num. 1.002.

4.3. EL AUTOR RECIBE UNA REMUNERACIÓN POR UN TRABAJO QUE NO REALIZA O QUE EJECUTA DEFICIENTEMENTE.

Probablemente, esta modalidad de comisión sea la que mayores trances presente; ¿cómo establecer los límites entre la mera responsabilidad civil por incumplimiento y el delito?.

Partamos del carácter contractual o, por lo menos, cuasi – contractual de las relaciones en virtud de las cuales el potencial sujeto activo podría cobrar honorarios u otras remuneraciones.

En principio, sabemos que son muchas las razones que pueden injerirse en el descuido de la prestación debida: la alteración de las condiciones iniciales del contrato (imprevisión), el incumplimiento del otro contratante (*exceptio de non adimpleti contractus*, pacto comisorio), el caso fortuito o la fuerza mayor, etcétera. Ergo, no todo incumplimiento de la prestación prometida es, precisamente, producto de la voluntad perniciosa; existen factores jurídicos o naturales que pueden determinarlo o autorizarlo. Estos particulares, al igual que la negligencia o la imprudencia, tienen solución en el Derecho Civil.

Sin embargo, cuando el agente revela un accionar fraudulento encaminado resueltamente a damnificar a la otra parte, la cuestión adquiere aristas que reclaman la intervención del fuero penal. *“Es defraudación por abuso de confianza cuando se obró con fraude dentro del ámbito contractual establecido por medio de un acuerdo lícito donde ambas partes se avinieron a convenir de buena fe y con la debida confianza en los negocios, derechos y obligaciones, siendo que posteriormente se atenta contra la confianza jurídica, principio que dimana del acuerdo mismo”*¹⁵.

En consecuencia, creemos que sólo es subsumible al tipo la cobranza indebida por un trabajo omitido o deficientemente realizado de manera intencional y deliberada. El cobro en los demás supuestos (desidia, torpeza, ineptitud, inexperiencia, incompetencia, etcétera), aunque se tenga conciencia de su ilegitimidad, será resuelto con una acción de repetición, entre otros remedios civiles.

¹⁵ RUBÉN OMAR CARRIZO, “Ilícitos penales en el ámbito contractual”, Nova Tesis, Rosario – Argentina, 2.004, Pág.115.

5. TIPO SUBJETIVO.

La norma reprime la colecta ilegítima “*a sabiendas*”; el especial hincapié ¹⁶ nos hace pensar que sólo admite dolo directo. “*En algunos delitos (...) cuando el texto legal requiere realizar la acción “a sabiendas” debe excluirse la posibilidad de la comisión del delito con dolo eventual*” ¹⁷.

Luego, el autor deberá conocer que no tiene derecho a cobrar y aún así, determinarse indebidamente.

6. TENTATIVA.

Se castiga explícitamente la tentativa. Y es que conforme al Art. 27 C.P. paraguayo, la tentativa de los crímenes es siempre punible, no así la de los delitos, cuya punición debe prevenirse señaladamente ¹⁸.

El cobro indebido de honorarios se consuma con la percepción efectiva.

Habrá tentativa cuando el autor ejecutase la decisión de cobrar mediante actos que, tomada en cuenta su representación, sean inmediatamente anteriores a la consumación (por ejemplo, con la intimación al pago).

Deberá distinguirse la tentativa de los actos preparatorios no punibles. Así, por apuntar un caso, el pedido de regulación judicial de honorarios indebidos no implica comienzo de la ejecución desde que, precisamente, no asegura que el recurrente vaya a reclamar el pago.

¹⁶ Según el Art. 17 C.P. paraguayo, todos los ilícitos previstos en la Parte Especial son dolosos, salvo que expresamente se considere su forma culposa.

¹⁷ ENRIQUE BACIGALUPO, Op. Cit., Pág. 113.

¹⁸ Según el Art. 13 C.P. paraguayo, los hechos punibles se clasifican en crímenes y delitos. Son delitos los que tienen prevista pena privativa de libertad de hasta cinco años o multa. Son crímenes los reprimidos con prisión mayor a cinco años, como mínimo.

7. EL CONSENTIMIENTO DEL PATRIMONIALMENTE OFENDIDO.

Habíamos dicho que la trasgresión estudiada es pluriofensiva. Para quedar configurada no sólo debe afrentar al correcto ejercicio de las funciones públicas, debe también damnificar los intereses patrimoniales de quien paga lo indebido.

De allí que sostengamos, como tesis, que el consentimiento del patrimonialmente ofendido desbarata el tipo. El cobro deja de ser indebido con el consentimiento de quien paga.

El Código Penal paraguayo no regula en forma genérica los efectos desconfigurantes del consentimiento del titular del bien jurídico protegido. Sólo excepcionalmente los considera en su Art. 114 respecto de las lesiones leves y culposas. No obstante, se juzga a la conformidad del lesionado como producto del derecho consuetudinario ¹⁹.

Como el patrimonio es un bien jurídico disponible, no puede haber ilícito donde el titular, en ejercicio de un acto de disposición, admite la conducta del agente legitimándola. No puede criminalizarse el ser beneficiario de una liberalidad que, en otras circunstancias (un simple regalo por ejemplo), sería normal y lícita. La libertad de disposición del individuo sobre sus bienes jurídicos debe ser, en ciertas circunstancias, suficientemente grande como para doblegar el disvalor del hecho cometido con consentimiento.

“La circunstancia de que (...) en todos los supuestos de hecho típicamente penales se presenten (o por lo menos debieran presentarse) intereses públicos, en razón de que sólo la necesidad de proteger normas sociales elementales puede justificar la pena (...) no debe hacer perder de vista (como ocurre a menudo) que tales normas sociales, por su parte, pueden proteger también (...) el interés del individuo (...)” ²⁰

Ahora bien, son varios los requisitos de la aquiescencia eficaz.

El consentimiento no debe provenir de un error. Por ejemplo, quien paga honorarios superiores a los regulados judicialmente debe conocer el auto regulatorio.

¹⁹ Entre otros, HIRSCH y HONIG.

²⁰ GÜNTER STRATENWERTH, “Derecho Penal. Parte General”, traducción de GLADYS NANCY ROMERO, Fabián Di Plácido Editor, Buenos Aires – Argentina, 1.999, Págs. 129/130.

El consentimiento no debe derivar de otro hecho punible. Por ejemplo, el asentimiento de quien, a sabiendas, paga sobresueldos a funcionarios públicos e incurre por tanto en lesión de confianza (Art. 192 C.P. paraguayo), no tiene virtualidad para eliminar el tipo.

Quien conciente debe comprender acabadamente la situación asentida. V. Gr., el cliente que paga de nuevo al abogado cuando éste ya se cobró de la adversa debe saber que el Art. 11 de la Ley N° 1.376/88 (*“Honorarios profesionales de abogados y procuradores”*) lo releva de hacerlo.

El consentimiento debe ser libre y voluntario.

Por lo demás, el consentimiento no generará efectos, aunque efectivamente concurra, si el autor no lo distingue ni obra concientemente en su virtud.

8. **SUBSIDIARIEDAD.**

El cobro indebido de honorarios es un tipo subsidiario, o sea, se aplica sólo en defecto de otro. Verbigracia: si para la percepción se recurre a engaño que induce a error habrá estafa (Art. 187 C.P. paraguayo); si un funcionario requiere remuneración como contrapartida de un servicio a cuya prestación gratuita está obligado hay cohecho (Arts. 300 y 301 C.P. paraguayo); si el agente decide cobrarse con cosas muebles que tiene en confianza habrá apropiación (Art. 160 C.P. paraguayo).

La subsidiariedad es una de las formas de concurso aparente de leyes penales. De configurarse el hecho principal no entrará en concurso con el subsidiario, al que absorbe totalmente.

9. **CONCLUSIÓN.**

Las notas de subsidiariedad y los varios factores exculpantes que presenta este delito reducen al mínimo las posibilidades de su aplicación. Es un tipo groseramente abierto que, pretendiendo castigar todo, nada castiga.

Atiéndase también que gran cantidad de conductas quedarán impunes por socialmente adecuadas como, por ejemplo, el citado caso del funcionario que percibe salario sin haber trabajado. “*Un comportamiento formalmente adecuado a un tipo penal no se debe considerar típico si resulta ser socialmente adecuado, es decir, si no contradice el orden de la vida social tal como éste se ha configurado históricamente*”²¹.

Tremendo esfuerzo hermenéutico para tan poca utilidad resulta insensato.

Se dijo en innumerables ocasiones que el Derecho Penal es la *ultima ratio* del control social y que, por ello, deben excluirse de su esfera comportamientos enmendables de otra forma. El cobro indebido de honorarios es un claro ejemplo. Y es que bastaría la repetición de lo indebidamente cobrado y una sanción ética y/o administrativa.

Por lo demás, en su redacción, se nota un resabio de Derecho Penal de autor. Se castiga a los auxiliares de justicia por desempeñar una función pseudo - pública en el ámbito jurisdiccional. ¿Acaso el personal de blanco no hace lo propio en el ámbito de la salud?, ¿o los arquitectos e ingenieros respecto de la seguridad ciudadana?.

Como colofón entonces, basta con repetir el título: **EL COBRO INDEBIDO DE HONORARIOS ES UNA FIGURA QUE APORTA POCO E INTRINCA MUCHO.**

²¹ Vide HANS WELSEL, “*Lehrbuch*”, Pág. 55.

BIBLIOGRAFÍA

- **ENRIQUE BACIGALUPO**, “Manual de Derecho Penal”, Temis, tercera reimpresión, Santa Fe de Bogotá – Colombia, 1.996.
- **GUILLELMO CABANELLAS**, “Diccionario de Derecho usual”, Heliasta, octava edición, Buenos Aires – Argentina, 1.974.
- **ENRIQUE CANTERO**, “Nuevo Código Penal. Opiniones y comentarios”, Colegio de Abogados del Paraguay, Asunción - Paraguay, 1.999.
- **FRANCESCO CARRARA**, “Programa de Derecho Criminal”, traducción de **JOSÉ ORTEGA TORRES**, Temis, Santa Fe de Bogotá - Colombia, 2.002.
- **RUBÉN OMAR CARRIZO**, “Ilícitos penales en el ámbito contractual”, Nova Tesis, Rosario – Argentina, 2.004.
- **EDUARDO COUTURE**, “Vocabulario Jurídico”, Depalma, tercera reimpresión, Buenos Aires – Argentina.
- **EDGARDO ALBERTO DONNA**, “Delitos contra la administración pública”, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires – Argentina, 2.000.
- **LUIS LEIVA FERNÁNDEZ**, “Digesto La Ley. Honorarios”, La Ley, primera edición, Buenos Aires – Argentina, 2.002.
- **FRANCISCO MUÑOZ CONDE**, “Derecho Penal – Parte Especial”, Tirant Lo Blanch, undécima edición, Valencia – España, 1.996.
- **SEBASTIÁN SOLER**, “Derecho Penal argentino”, Tea, décima reimpresión total de la cuarta edición, Buenos Aires – Argentina, 1.992.
- **GÜNTER STRATENWERTH**, “Derecho Penal. Parte General”, traducción de **GLADYS NANCY ROMERO**, Fabián Di Plácido Editor, Buenos Aires – Argentina, 1.999.

- Leyes varias y colección de fallos del autor.