

Conflicto de Intereses: La Ética de la Prevención y de las Apariencias.

Monroe Freedman¹

(“Understanding Lawyer’s Ethics”, Matthew Bender & Co., Inc, USA, 1994, p. 109-122. Traducido por Julián López Masle²)

Los problemas de conflicto de intereses están entre los más frecuentes y difíciles que un abogado enfrenta. Las sanciones a las actuaciones realizadas bajo conflicto de intereses incluyen acciones disciplinarias, de descalificación para representar a un cliente, y de responsabilidad por negligencia profesional, la cual puede resultar en indemnización de perjuicios, confiscación de honorarios, e incluso indemnización de daños punitivos.

A pesar del número y severidad de estas sanciones, los conflictos de intereses no son inherentemente inmorales. Ellos son, en cambio, un inevitable aspecto de la condición humana. Si usted se casa y usted y su esposa están en desacuerdo acerca de cualquier aspecto insignificante de su bien común, usted tiene un conflicto de intereses. Si usted tiene una esposa y un hijo, usted tiene un conflicto de intereses. Si usted tiene otro hijo, usted tiene un conflicto de interés adicional. Si usted tiene una familia y un empleador, usted tiene más conflictos de intereses. Esto es, toda vez que hay una razonable posibilidad de que usted sea incapaz de satisfacer completamente las legítimas necesidades o deseos de dos o más personas (incluyéndose usted mismo), usted tiene un conflicto de intereses.

Conflictos inherentes en la relación cliente-abogado.

Algunos conflictos de intereses son inherentes en la relación cliente-abogado. Un potencial cliente considera contratarle. Dado que los honorarios que usted considera necesarios y apropiados son probablemente más que los que el cliente preferiría pagar, usted inmediatamente tiene un conflicto de intereses. Del mismo modo, si usted cobra a su cliente por hora de trabajo ocupada en litigio, será menos en su interés que en el de su cliente arreglar el caso en una fase inicial del proceso, porque su honorario terminará con el caso. Si usted cobra un honorario contingente, sin embargo, será más en su interés que en el de su cliente arreglar el caso por una cantidad menor en un estado inicial del proceso, porque el potencial incremento en la recuperación final podría no justificar el tiempo adicional que usted tendría que

¹Monroe H. Freedman es Howard Lichtenstein Distinguished Professor of Legal Ethics en Hofstra University School of Law.

²La traducción ha sido hecha con el exclusivo propósito de ser puesta a disposición de los alumnos del curso de Ética Profesional Aplicada de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile.

invertir en el caso. Incluso si usted no cobra honorarios en absoluto, porque usted está dedicado a defender la causa que el caso del cliente representa, puede llegar un momento en que el cliente quiera transar el caso en términos que, en su opinión, no sirven adecuadamente a la causa que le motivó a tomar el caso.

Por otra parte, puede haber conflictos entre los intereses del cliente y aquellos de un cliente anterior, aquellos de un cliente actual, o aquellos de terceras partes. La mayoría de ellos son evitables, pero a menudo al costo de que el abogado renuncie a representar a un cliente.

Asuma, por ejemplo, que un abogado anteriormente representó a un franchiser nacional de helados. El caso envolvió una acción por incumplimiento de contrato contra el franchiser por uno de los comercializadores. El litigio terminó en un acuerdo cinco años atrás y el abogado no ha tenido contacto con el franchiser desde entonces. El abogado fue contactado por un diferente comercializador de helados que quiere demandar al franchiser por incumplimiento de contrato. El franchiser, sin embargo, se opone a que su antiguo abogado acepte a un nuevo cliente.

El abogado no debiera tomar el caso. Hay una significativa probabilidad de que el abogado haya recibido secretos y confidencias del franchiser en el curso de la anterior representación. Estas pueden incluir las políticas y prácticas del franchiser en el cumplimiento (y en el incumplimiento) de sus contratos con los comercializadores, o quizás de sus actitudes hacia las transacciones destinadas a precaver un litigio. Si el abogado aceptara al nuevo cliente, por lo tanto, sus obligaciones de celo, competencia y comunicación hacia el nuevo cliente requerirían que él hiciera uso de su conocimiento acerca de su antiguo cliente. Si el abogado hiciera eso, sin embargo, estaría violando su obligación de confidencialidad hacia el anterior cliente. En resumen, hay un significativo riesgo de que el abogado fuera desleal hacia un cliente o hacia el otro.

Las consideraciones éticas subyacentes en el conflicto de intereses.

Hemos identificado la confidencialidad, el celo, la competencia y la comunicación como los intereses éticos que son amenazados por el conflicto de intereses.

Aunque la lealtad es algunas veces citada como un interés ético separado en discusiones sobre el conflicto de intereses, no existe un imperativo ético de lealtad separado de los anteriores. Dicho imperativo puede ser considerado un sinónimo de celo, o puede servir como una manera conveniente de decir confidencialidad, celo, competencia y comunicación. Adicionalmente, la lealtad implica una preocupación por no perjudicar la relación cliente-abogado de confianza y confidencia.

Note particularmente que el conflicto de intereses surge en el caso del franchiser de helados sin importar si el abogado haría de hecho mal uso, o dejaría de usar, la información obtenida del cliente anterior en beneficio del nuevo. Si él de hecho hiciera mal uso de las confidencias de su antiguo cliente, estaría violando su

obligación de confidencialidad, y si de hecho dejara de usar el conocimiento de la confidencia de su antiguo cliente en beneficio del nuevo cliente, estaría violando su obligación de competencia y celo. El conflicto de intereses surge, sin embargo, antes de que tal punto sea alcanzado. Esto es porque la proscripción de los conflictos de intereses está establecida por razones de **prevención** y por razones de **apariencia**.

La primera razón, la **prevención**, consiste en evitar una situación que puede probablemente resultar en la violación de una obligación ética (tales como la violación del deber de confidencialidad o el incumplimiento del deber de celo o competencia). La segunda razón es evitar una situación en la cual una persona tendría base para sospechar que una obligación ética ha sido violada, esto es, evitar una "**apariencia de impropiedad**" incluso cuando ninguna violación ética ha ocurrido de hecho.

El criterio de prevención.

Hemos ya observado cómo el criterio de prevención se aplica al caso del franchiser de helados. Hay una probabilidad de que el abogado haya recibido confidencias y secretos del franchiser cuando lo representó en el primer litigio. Si el abogado fuera ahora a aceptar al comercializador como su cliente, por lo tanto, podría en algún momento violar su responsabilidad profesional tanto hacia el anterior cliente como hacia el nuevo. La proscripción sobre los conflictos de intereses evita que ese punto sea alcanzado.

Uno de los más comunes ejemplos de conflicto de intereses ocurre cuando un abogado es el elegido y pagado por una Compañía de Seguros para representar a su asegurado en relación con una póliza de seguros. No es necesariamente impropio que una parte pague por otra los honorarios de su abogado. Cuando quiera que ello ocurra, sin embargo, las relaciones deben ser cuidadosamente analizadas para evitar conflictos de intereses. De cara a esto, la situación del seguro no presenta un conflicto, porque es usualmente tanto en el interés del asegurador como del asegurado minimizar la responsabilidad. Algunos abogados que tiene esta clase de práctica asumen, por lo tanto, que ellos representan tanto al asegurador como al asegurado y que no hay problema.

De hecho, sin embargo, un gran número de serios conflictos se presentan. Asuma, por ejemplo, que el monto de la póliza es US\$500.000. El demandante está dispuesto a arreglar por tal suma, pero por nada menos, y el demandado-asegurado quiere disponer del caso sobre esa base. Sin embargo, la Compañía de Seguros podría razonar que no tiene nada que perder litigando el caso. Esto es, el jurado podría conceder sustancialmente menos que el total del monto de la póliza, en cuyo caso la Compañía saldría ganando. Y si el jurado fuera a conceder sustancialmente más que el monto de la póliza, la Compañía no perdería nada, porque sería el asegurado el responsable por la cantidad adicional.

Por el otro lado, si el asegurado es un doctor acusado de negligencia médica, él podría no estar dispuesto a arreglar por un monto sustancialmente menor que el monto total de la póliza. Desde su punto de vista, sólo litigando el caso podría él

defender su reputación y reivindicarse asimismo profesionalmente. El asegurador, sin embargo, podría estar ansioso por arreglar el caso por la cantidad menor antes que arriesgar una sentencia mayor.

Más aún, es posible que el abogado, en el curso de representar al asegurado, descubriera hechos que pudieran ser la base para argumentar que el asegurado no tiene derecho a la cobertura de seguros en absoluto. Por ejemplo, al llenar el formulario de solicitud de la Póliza de Seguros, el asegurado puede haber hecho afirmaciones que se puede sostener que son falsas y materiales, justificando una pretensión de la Compañía aseguradora en orden a que la póliza es nula. Si el abogado informara a la Compañía de Seguros de los hechos que ha conocido de parte del cliente, estaría violando su obligación de confidencialidad hacia el asegurado. Por otra parte, si la Compañía de Seguros fuera vista como su cliente, el abogado tendría la obligación de mantener a la Compañía completamente informada de todos los desarrollos materiales en el caso, incluyendo la posibilidad de nulidad de la póliza.

Considere otra ilustración. Los abogados, como otros agentes de confianza, tienen prohibición de mezclar fondos, esto es, de poner el dinero de sus clientes en sus propias cuentas bancarias; esto significa que los fondos de un cliente deben ser mantenidos en una cuenta que sea identificable como una cuenta de confianza del cliente. Obviamente, no hay nada inherentemente inmoral en mezclar fondos. Surgen, sin embargo, tres posibilidades. Primero, el abogado podría sin intención retirar su propio dinero e invadir la porción del cliente en la cuenta. Segundo, el abogado podría sucumbir a la tentación de tener el dinero del cliente prontamente disponible en una cuenta bajo su propio nombre, y "tomar prestado" -lo que constituye malversación- una parte de él simplemente girando un cheque personal. Incluso, sin siquiera retirar el dinero del cliente, el abogado podría usar los fondos así mezclados como una base para establecer su propia capacidad de endeudamiento al momento de solicitar un crédito. Tercero, una cuenta bajo el nombre del abogado podría ser embargada por los acreedores del abogado, en detrimento del cliente.

En la mayoría de los casos, ninguna de estas posibilidades llegará a ocurrir en la realidad. Sin embargo, nosotros sabemos por experiencia y sentido común que esta clase de problemas es probable que ocurra en un significativo número de casos. Esta probabilidad, basada en nuestra experiencia y sentido común, justifica una regla preventiva para reducir el riesgo.

El criterio de la apariencia.

Un principio familiar y fundamental del debido proceso es que "todo tribunal autorizado por ley para resolver casos y controversias no solo debe ser imparcial sino también debe evitar incluso la apariencia de parcialidad". Esto es, "para desarrollar su alta función en la mejor manera, la justicia debe satisfacer la apariencia de justicia". En concordancia, si la imparcialidad de un juez "puede razonablemente ser cuestionada", el juez debería recusarse a sí mismo, aunque no esté de hecho prejuiciado en favor de una de las partes.

A diferencia de los jueces, a los abogados se les requiere ser parciales, incluso, serlo celosamente. Como los jueces, sin embargo, los abogados son una parte integral de la administración de justicia, y es esencial que gente bien pensada no tenga bases razonables para sospechar que la administración de justicia está siendo perjudicada por la conducta impropia de los abogados. La apariencia de impropiedad es, por lo tanto, una adecuada preocupación de la ética de los abogados. Cuando nosotros hablamos acerca de la apariencia de impropiedad, sin embargo, debiéramos asegurarnos que nos estamos refiriendo a preocupaciones sustanciales. A menos que la apariencia de impropiedad esté relacionada con un imperativo ético específico e identificable, el concepto es indebidamente vago, tanto para propósitos de dar adecuada noticia a los abogados acerca de qué conducta se encuentra proscrita, como para el propósito de que pueda hacerse cumplir racionalmente. Note, por lo tanto, que en cada una de las ilustraciones que nosotros hemos estado usando, las apariencias son de la más alta importancia. La imparcialidad de un juez es de la esencia de su función, del mismo modo que el celo o competencia de un abogado o su honestidad con respecto a las confidencias. Mantener estas cualidades profesionales, en apariencia tanto como en el hecho, es esencial para la administración de justicia.

En nuestro caso del franchiser de helados, por ejemplo, nosotros tendríamos razonables bases para creer que el abogado podría usar confidencias o secretos del anterior cliente, el franchiser, en beneficio del nuevo cliente, el comercializador de helados. Este juicio está basado en experiencia y sentido común. En el curso de representar celosamente al cliente actual, es probable que -intencionalmente o sin intención- el abogado use información obtenida en su anterior representación de su actual adversario. Similarmente, cualquiera que alguna vez ha sobregirado una cuenta corriente o recibido un cheque sin fondos tendrá razones para sospechar que cuentas mezcladas llevarán a que algunos abogados, intencionalmente o sin intención, se apropien de los fondos del cliente. En estos casos, por lo tanto, la apariencia de impropiedad se refiere a una justificable sospecha de una particular clase de mala conducta.

Relación sustancial y rol significativo.

Vale la pena repetir: los conflictos de interés pueden existir aunque ninguna impropiedad sustancial haya de hecho ocurrido. Esto es así ya sea que estemos hablando a la luz del criterio preventivo o del criterio de las apariencias. Bajo cada uno de ellos, el concepto de conflicto de intereses se presenta como una razonable posibilidad basada en la experiencia y el sentido común.

Retornando de nuevo al caso del franchiser de helados, asumamos que no hay evidencia directa de que el abogado haya tomado conocimiento de ninguna confidencia o secreto de su anterior cliente, el franchiser, que pudiera ser relevante en el nuevo litigio. Sin embargo, los dos casos están sustancialmente relacionados - cada uno envuelve una disputa sobre la actuación del franchiser en la misma clase de contratos-. Si adicionalmente, el rol del abogado en el caso anterior fue significativo y no meramente periférico, el sentido común y la experiencia nos dicen que hay una

razonable posibilidad que el abogado haya recibido relevantes confidencias o secretos.

El Franchiser puede perfectamente aceptar que el abogado no ha recibido confidencias o secretos de alguna consecuencia, y el anterior cliente puede por lo tanto no tener objeciones a que el abogado tome al nuevo cliente. Sin embargo, si el anterior cliente sí tiene objeciones, ¿qué debiera hacer el abogado?

Nosotros hemos estado asumiendo un caso en el cual las dos materias están sustancialmente relacionadas unas con otras, y en el cual el rol del abogado en el caso anterior fue central. Estos dos elementos son necesarios para justificar la inferencia de una razonable posibilidad de que el abogado haya obtenido confidencias del cliente en la anterior representación.

Una manera en que el abogado puede evitar un conflicto de intereses, por lo tanto, sería demostrar que las dos materias no están sustancialmente relacionadas. Esto no podría hacerse sobre los hechos de nuestro caso del franchiser de helados, dado que ambos casos envuelven litigios relacionados con la actuación bajo el contrato de franchise. Si, en cambio, la materia anterior hubiera envuelto una solicitud en representación del franchiser para obtener una variación de zona, las dos materias no estarían sustancialmente relacionadas, y al abogado se le permitiría representar al segundo cliente en una demanda por incumplimiento de contrato contra el anterior cliente.

Incluso si las dos materias están sustancialmente relacionadas, como en nuestra original hipotética del franchiser de helados, el abogado podría evitar el conflicto de intereses si su rol en el anterior litigio sobre el franchise hubiera sido periférico. Por ejemplo, el abogado podría ser capaz de establecer que él sirvió solo como un alumno en práctica veraniega en la firma que representó al franchiser, que él no tuvo acceso al archivo del franchiser, y que fue responsable solo de investigar el problema de si una cláusula en el acuerdo del franchise lo hacía nulo. Sobre estos hechos, sería extremadamente improbable que el abogado hubiera obtenido alguna confidencia del cliente en el anterior litigio, y sería por tanto permitido que aceptara al nuevo cliente.

Permítasenos de nuevo asumir, sin embargo que las dos materias están sustancialmente relacionadas y que el rol del abogado en la anterior materia fue significativo. En tal caso habría un conflicto de intereses a menos que el abogado pudiera probar un hecho negativo: que, a pesar de la relación sustancial entre las dos materias y el rol central del abogado en el caso anterior, él no obstante no obtuvo confidencias o secretos del cliente. El abogado puede de hecho reiterar que no tuvo confidencias de su cliente, pero no hay manera de que pueda probarlo. Más aún, la experiencia y el sentido común sugiere que un significativo número de tales casos la interesada negativa de al menos algunos abogados no sería enteramente confiable.

La ordinaria solución probatoria en una situación como ésta es poner la carga de la prueba en la parte que se encuentra en posición de probar la afirmativa. Aquí, todo lo que el anterior cliente necesita hacer es afirmar que confidencias el abogado

tiene que el cliente no quiere que sean reveladas. El problema con eso, es obvio. Para proteger sus confidencias, se requeriría que el cliente las revelara.

El caso es apropiado, por lo tanto, para una presunción: cuando las dos materias están sustancialmente relacionadas y el rol del abogado en el caso anterior fue significativo, se presume que el abogado obtuvo confidencias o secretos relevantes del cliente en la materia anterior. De esta manera, sin poner una carga sobre el anterior cliente de disponer sus confidencias para preservarlas, el abogado sería impedido de tomar al segundo cliente.

Conflicto de intereses posicional.

Asuma que un abogado representa al arrendador, que es dueño de un edificio de departamentos. El abogado ha redactado un contrato para el arrendador y lo representa en cualquier litigio que surja entre el arrendador y sus arrendatarios.

El abogado recibe una llamada del señor X, que no es un arrendatario en el edificio del cliente pero que quiere demandar a su propio arrendador a causa de negligencia de la mantención del edificio en el cual vive. El contrato de este arrendatario contiene una cláusula, similar a una que el abogado redactó para el arrendatario en su contrato, exculpando al arrendador de responsabilidad en caso de negligencia. Para obtener resultados en el litigio, sin embargo, el abogado debiera argumentar que esa cláusula en el arrendamiento de su nuevo cliente, similar a aquella que él redactó para su anterior cliente, es anulable sobre la base de políticas públicas.

El conflicto no es tan obvio y directo como sería si el abogado fuera llamado a demandar a su actual cliente. Aquí el conflicto es creado por las posiciones contradictorias que el abogado estaría tomando en un asunto relacionado con la representación de dos clientes separados en contextos diferentes. Nosotros llamamos a esto, por lo tanto, un conflicto posicional de intereses.

Si el abogado decide representar a su nuevo cliente, tendrá un conflicto de intereses con respecto a ambos. Respecto al nuevo cliente, hay una significativa probabilidad de que el celo y competencia del abogado se vean perjudicados por su deseo de mantener al dueño del edificio de departamento como su cliente. También, la cláusula que él estaría atacando como contraria a políticas públicas es similar a una que él mismo redactó, de manera que su reputación como hábil redactor de contratos podría verse adversamente afectada por la fuerza de su argumento en litigio. Con respecto al dueño del edificio de departamentos, el abogado tiene un conflicto de intereses porque su celosa representación del caso de su nuevo cliente es inconsistente con su obligación de celo en mantener los derechos del arrendador. Podríamos también decir que el arrendador puede perfectamente sentir una suerte de traición. Esto sugiere que otro criterio para las reglas del conflicto de intereses podría ser el perjuicio de la relación cliente-abogado de confianza y confidencia.

Descalificación imputada.

Asumamos que el abogado en cada uno de nuestros casos hipotéticos tiene un socio. Si el abogado no puede representar al comercializador del Franchiser de helados o al asegurado o al arrendador, ¿puede su socio hacerlo?

Una vez más, nosotros acudimos a la experiencia y al sentido común. Los socios comparten utilidades y pérdidas. Ellos también comparten archivadores y conversaciones. Más aún, es virtualmente imposible regular y controlar las conversaciones entre socios. Si nos preocupa, por lo tanto, que un conflicto de intereses pueda perjudicar el celo y competencia de un abogado, o que pueda inducirlo a hacer mal uso de confidencias, entonces nosotros debemos reconocer que los riesgos son sustancialmente los mismos cuando su socio toma la misma representación.

En concordancia, cuando un abogado es descalificado a causa de un conflicto de intereses, su socio es igualmente descalificado. A esto se le llama descalificación imputada.

"Potencial", "Actual", "Apariencia de" Conflicto.

Como hemos visto, un conflicto de intereses puede existir aunque ninguna actuación impropia (por ejemplo, violación al deber de confidencialidad, celo, competencia, o comunicación) haya ocurrido y aunque ninguna actuación impropia vaya a ocurrir en el futuro. Esto es porque los conflictos de intereses están prohibidos para proteger contra impropiedades potenciales y contra apariencias de impropiedad.

Debiera quedar claro, por lo tanto, que un conflicto de intereses no es nada más que una "potencial" impropiedad o una "apariencia" de impropiedad. Sin embargo, usted encontrará referencias a un "conflicto potencial de intereses" a un "conflicto real de intereses", y a una "apariencia de un conflicto de intereses".

Cuando los comentaristas se refieren a un "real" conflicto de intereses, ordinariamente quieren decir que la impropiedad substancial que la regla del conflicto de intereses pretendió prevenir ha ocurrido de hecho. Así, dos distintas ideas -el inicial conflicto de intereses y la resultante violación del celo o confidencialidad- son resumidas en una sola frase "real conflicto de intereses". Sería más adecuado decir, por lo tanto, que el abogado ha estado envuelto en un conflicto de intereses que además resultó en una violación de confidencialidad.

La imprecisa expresión "real conflicto de intereses" nos ha conducido a usar la frase redundante "potencial conflicto de intereses". La frase es redundante porque, como hemos visto, todo conflicto de intereses es "potencial" en el sentido de que la proscripción persigue prevenir que una violación ética sustancial ocurra. Para aquellos que usan la expresión "real" conflicto de intereses, sin embargo, hay una sentida necesidad de distinguir el conflicto de intereses de lo que no es "real" (esto es, el conflicto que no ha resultado todavía en una violación ética sustancial). Así, tenemos el "potencial conflicto de intereses".

La idea de una "apariencia de conflicto de intereses" es probablemente a menudo el resultado de una confusión, pero puede también ser una variación del "potencial conflicto de intereses". Cualquiera sea la fuente, la frase es en el mejor de los casos redundante porque, como hemos visto, algo que el "conflicto de intereses" conlleva es "una apariencia de impropiedad". Así, una apariencia de "conflicto de intereses" se traduce en una "apariencia de una apariencia de una impropiedad". Dado que esto debiera significar una impropiedad sustancial dos veces removida, la relación entre el conflicto de intereses y la impropiedad sería extremadamente tenue.

Dado que las ideas confusas y las redundancias son ambas muy comunes en el derecho, es muy poco lo que se puede hacer acerca de esto, pero usted debiera entender que estos usos son a menudo inapropiados y pueden ser confusos o inducir a error. También, como veremos, la corrupción de la expresión "apariencia de impropiedad" en "apariencia de un conflicto de intereses" ha contribuido a la desvalorización de la idea de "apariencia de impropiedad". Esto es lamentable, porque el concepto de una apariencia de impropiedad no es solo valioso sino uno de dimensión constitucional.

Consentimiento al conflicto de intereses.

Este libro propone un sistema de ética profesional centrado en el cliente que está destinado en parte importante a dar expresión a la autonomía de cada cliente. En el contexto de los conflictos de intereses, la autonomía del cliente significa que el cliente afectado debería tener el poder de renunciar al conflicto de intereses, en la medida en que el cliente actúe voluntariamente y con pleno conocimiento de todos los riesgos del conflicto.

En el litigio del franchiser de helados, por ejemplo, incluso si el abogado ha recibido confidencias en la anterior representación, el Franchiser puede no obstante no tener ninguna objeción a que el abogado represente al comercializador en el nuevo litigio. No habría en este caso, por lo tanto, ninguna razón para denegar al comercializador su derecho a elegir su consejero legal. Esto es, en la medida en que el anterior cliente está dispuesto a renunciar a sus objeciones al uso de sus confidencias, no hay violación del deber de confidencialidad contra el cual protegerlo, ni existe ninguna apariencia de impropiedad.

Del mismo modo, en nuestro caso de la Compañía Aseguradora, el asegurado, habiendo sido plenamente informado al respecto, y entendiendo los riesgos de ser representado por un abogado elegido y pagado por la Compañía de Seguros, puede estar perfectamente dispuesto a aceptar ese abogado. Si esto es así, no existe preocupación ética que justificara interferir con la decisión de las partes. No sería suficiente, sin embargo, confiar en el aparente acuerdo del asegurado escrito en la Póliza de Seguros de aceptar cualquier abogado elegido por la Compañía Aseguradora. En la mayoría de los casos, el asegurado probablemente no está ni siquiera conciente de que existe tal cláusula en la póliza. Más aún, es dudoso que en cualquier caso el asegurado haya de hecho acordado aceptar el abogado con pleno conocimiento de los riesgos de hacerlo así. Incluso si dicha cláusula escrita en una póliza fuera considerada vinculante entre el asegurador y el asegurado, como materia

de derecho contractual, la cláusula no justificaría que el abogado ignorara sus propias responsabilidades éticas con respecto a los conflictos de intereses.

Una vez más, sin embargo, si el asegurado toma una decisión plenamente informada y voluntaria de renunciar cualquier conflicto, la decisión del asegurado debe ser respetada. Dicha renuncia por el asegurado debiese satisfacer cualquier preocupación ética que otro (el Colegio de Abogados, la Corte, o el público) pudiera tener, tanto de sustancia como de apariencia. De hecho, a mí no se me ocurre ningún conflicto de intereses que debiera ser irrenunciable, en la medida en que pudiera pensarse, de buena fe, que el cliente tuvo una completa comprensión de los riesgos e hizo una decisión voluntaria de aceptar los riesgos que implicaba un particular abogado.

Si esta posición es correcta, entonces la pregunta apropiada en casos de conflicto de intereses no es "¿debe el abogado ser descalificado de esta representación?". Muy por el contrario, la pregunta es "¿debe requerirse al abogado obtener un consentimiento voluntario e informado de parte del cliente o anterior cliente antes de tomar o continuar la representación?"

Aunque se le permite al abogado aceptar un cliente que ha renunciado a un conflicto de intereses, el abogado puede no estar actuando prudentemente en hacerlo así. Una vez que el caso haya terminado, el cliente puede perfectamente tomar la posición de que el abogado ha sido menos que celoso y que él, como cliente, no comprendía completamente el conflicto de intereses cuando renunció a él. Incluso si el abogado está confiado que tales acusaciones no tienen justificación, la posibilidad no debiera ser dejada de lado por el abogado sin una cuidadosa consideración.