

Conflictos de intereses: La ética de la prevención y de las apariencias.¹

Monroe H. Freedman (1928-2015)²

Abbe Smith³

1. Introducción

Los conflictos de intereses están entre los problemas 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. Esto es así porque, 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. Si usted se casa o se compromete en una relación, existe una posibilidad razonable de que usted y su pareja tengan desacuerdos acerca de cualquier aspecto significativo de su vida en común; entonces usted tiene un conflicto de intereses. Si usted y su pareja tienen un hijo, usted tendrá un nuevo conflicto de intereses. Si usted tiene otro hijo, usted tiene más conflictos de intereses. Si usted tiene una familia y un empleador, habrá conflictos de intereses adicionales - esto es, legítimas demandas adicionales sobre su tiempo, atención, y lealtad que usted podría no ser capaz de satisfacer. Como escribe el profesor Richard Epstein, “A veces bromeo que la mejor definición de conflicto de interés es ‘dos personas’ porque cualesquiera dos personas, casi por definición, siempre tendrán intereses y fines divergentes”.

2. Definición de conflictos de intereses en la relación abogado-cliente.

Como fue señalado más arriba, el término conflicto de interés se refiere a una situación donde existe una razonable *posibilidad* de que usted no será capaz de satisfacer todas las legítimas demandas sobre su tiempo, atención y lealtad. Dando crédito a la primera edición de este libro, los profesores Hazard y Hodes se refieren a este foco “sobre el *potencial* para dañar en vez del daño mismo” como el “enfoque moderno” a los conflictos de intereses. Esto es, un conflicto de interés existe “siempre que la relación abogado-cliente o la calidad de la representación estén en riesgo, *incluso si en los hechos no se produce una*

¹ *Understanding Lawyer's Ethics*. Quinta edición. (Durham: Carolina Academic Press, 2016), pp. 261-275. Traducido por Pablo Fuenzalida Cifuentes sobre la base de la traducción realizada por Julián López Masle a la edición de *Understanding Lawyer's Ethics* (Matthew Bender & Co. Inc., 1994), pp. 109-122, de autoría de Monroe H. Freedman. La traducción ha sido hecha con el exclusivo propósito de ser puesta a disposición de los alumnos del curso de Profesión Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

² Howard Lichtenstein Distinguished Professor of Legal Ethics, Hofstra University School of Law.

³ Scott K. Ginsburg Professor of Law, Georgetown University.

infracción sustantiva -como una violación de la confidencialidad o una representación poco celosa". Agregan, sin embargo, que este enfoque moderno es totalmente consistente con la jurisprudencia que lo antecedió.

El *Restatement* sigue el mismo análisis. Por ejemplo, §121 establece que existe un conflicto de interés siempre que haya un "riesgo importante" de que la "representación" del cliente por parte del abogado estará "afectada sustancial y adversamente por los propios intereses del abogado o por los deberes del abogado para con otro cliente actual, un cliente anterior, o una tercera persona".

Para ser "sustancial", el riesgo de un efecto adverso sobre la representación debe ser "más que una mera posibilidad". No obstante, tampoco necesita ser "inmediato, actual, y aparente". Al contrario, como explica el comentario al §121 del *Restatement*, un riesgo puede ser sustancial, dentro del significado de la regla, incluso si es "potencial o contingente", y a pesar de que no ser "seguro o incluso probable" de que ocurrirá. El último test es la existencia de un "significativo y plausible" riesgo de efecto adverso sobre la representación del cliente.

3. Clases de conflictos de intereses

Los conflictos de intereses pueden existir entre los intereses del cliente y aquellos propios de la abogada, entre los intereses de un cliente anterior y los de un nuevo cliente, entre dos o más clientes actuales, y entre el cliente y un tercero no cliente.

[1] Conflictos relativos a los propios intereses del abogado

Algunos conflictos de intereses son inherentes en la relación cliente-abogado, y son tolerados por necesidad. Por ejemplo, un cliente potencial considera contratarle. Debido a que los honorarios que usted considera apropiados son más altos que los que el cliente prefiere pagar, usted inmediatamente tiene un conflicto de intereses. Del mismo modo, si usted cobra a su cliente por hora de trabajo en un 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 transar el caso por una cantidad menor en un estado inicial del proceso, porque su cobro por hora terminará con el caso. Sin embargo, si usted cobra un honorario supeditado a una parte o cuota del resultado económico conseguido, podría resultar más en su interés que en el de su cliente transar el caso por una cantidad menor en una etapa inicial, debido a que el potencial incremento en el resultado efectivamente conseguido podría no justificar el tiempo adicional que de lo contrario usted tendría que invertir en el caso. Incluso si usted no cobra honorarios en absoluto, porque usted está dedicado a la causa, 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.

No obstante, otros conflictos entre los intereses del abogado y aquellos de su cliente están limitados por reglas de ética profesional. Por ejemplo, generalmente le está prohibido a un abogado intervenir

en una transacción comercial con un cliente a menos que se observen ciertos resguardos. Esta clase de transacciones comerciales incluyen, por ejemplo, la obtención de una garantía sobre la residencia del cliente u otra propiedad para asegurar el pago de los honorarios del abogado. El abogado debe explicar íntegramente la transacción al cliente, aconsejarle la deseabilidad de buscar el consejo de un asesor legal independiente, darle una oportunidad razonable para buscar asesoría independiente, y estar preparado para demostrar que las condiciones son justas para el cliente. El principio subyacente, consistente con los deberes fiduciarios del abogado para con el cliente, es que el abogado no debe sacar provecho de sus destrezas especiales como abogado, de la confianza del cliente en el abogado, o de la dependencia del cliente con el abogado.

Por razones similares, un abogado no puede solicitar un regalo sustancioso del cliente para el abogado, y tampoco puede iniciar una relación sexual con un cliente durante la existencia de una relación abogado-cliente.

[2] Conflictos entre un cliente anterior y un nuevo cliente

Un conflicto de interés común es aquel entre las obligaciones vigentes de una abogada para con un cliente anterior y las obligaciones de la abogada hacia un nuevo cliente que tiene intereses contrarios a los del cliente anterior. La base principal para este conflicto es la obligación de confidencialidad de la abogada, que se extiende indefinidamente, más allá del término de la relación abogado-cliente. Por consiguiente, a una abogada le está prohibido tomar un nuevo cliente, o continuar representando a un cliente, si existe una posibilidad razonable de que la abogada haya recibido confidencias en la representación anterior que podrían usarse en la nueva representación en perjuicio del cliente anterior. La evaluación de este riesgo se conoce como test de la “relación significativa”.

El conflicto de interés aquí se relaciona con la posibilidad de que la abogada fracasará en el cumplimiento de sus obligaciones éticas ya sean hacia el cliente anterior o hacia el nuevo cliente. Si la abogada fuese a utilizar las confidencias de un cliente anterior en el nuevo asunto, la abogada estaría, por supuesto, infringiendo su deber de confidencialidad hacia el cliente anterior. Por otra parte, si ella omitió utilizar esas confidencias para beneficiar al nuevo cliente, ella estaría infringiendo sus deberes de diligencia/ceho, competencia, y comunicación para con el nuevo cliente.

Asuma, por ejemplo, que una abogada anteriormente representó a un franquiciador nacional de helados. El caso involucraba una acción por incumplimiento de contrato contra el franquiciador por uno de los comercializadores de la franquicia. El litigio terminó en un acuerdo un año atrás, y la abogada no ha tenido contacto con el franquiciador desde entonces. Ahora la abogada es contactada por un diferente comercializador de la franquicia de helados que quiere demandar al franquiciador por incumplimiento de contrato. El franquiciador, sin embargo, se opone a que su antigua abogada acepte a ese nuevo cliente.

La abogada no debería tomar el caso. Existe una razonable posibilidad de que la abogada haya recibido confidencias o secretos del franquiciador en el curso de la representación anterior. Estas incluyen las políticas y prácticas del franquiciador en el cumplimiento de sus contratos con los comercializadores de su franquicia. Por lo tanto, si la abogada aceptó al nuevo cliente, sus obligaciones de diligencia/celo, competencia, y comunicación hacia el nuevo cliente le requerirían hacer uso de su conocimiento confidencial acerca de las prácticas de negocios de su antiguo cliente. Sin embargo, si la abogada hiciera eso, estaría violando su obligación de confidencialidad hacia el anterior cliente. En resumen, existe un riesgo significativo de que la abogada sea desleal hacia un cliente o hacia el otro.

Hasta ahora la referencia han sido las políticas y prácticas comerciales del franquiciador que se relacionan con cuestiones y hechos que probablemente sean comunes al caso anterior de incumplimiento de contrato y al caso presente. Otro tipo de conocimiento importante sobre un antiguo cliente es lo que se denomina información del "manual de jugadas". Esta se refiere al conocimiento del abogado de las políticas y prácticas del ex cliente relacionadas con cómo maneja las disputas con los franquiciados, por ejemplo, la capacidad económica del ex cliente para financiar litigios, su voluntad de llegar a un acuerdo y bajo qué términos. Como señaló el profesor Richard Zitrin, la información del manual de jugadas puede ser incluso más valiosa para el litigante que la información relacionada con la controversia. El comentario 3 de la Regla Modelo 1.9 rechaza la descalificación basada en "el conocimiento general de las políticas y prácticas del cliente", pero algunos tribunales sí la han permitido.

En resumen, el litigio del nuevo cliente contra el antiguo cliente del abogado está sustancialmente relacionado con la representación anterior del antiguo cliente, y el abogado tiene prohibido hacerse cargo del nuevo asunto.

[3] Conflictos entre clientes actuales

El conflicto más obvio entre clientes actuales es cuando el abogado representa a dos o más clientes cuyos intereses son adversos entre sí. Por ejemplo, un abogado no podría representar a un cliente que está demandando a un demandado que le debe dinero a otro cliente del abogado, al menos no cuando el éxito de la demanda podría poner en peligro la capacidad del otro cliente del abogado de cobrar su deuda al demandado.

Otra forma de conflicto entre clientes actuales puede surgir cuando un abogado representa a varios clientes - dos o más clientes que están del mismo lado en un litigio. Supongamos, por ejemplo, que el conductor y el pasajero de un automóvil resultan heridos cuando otro automóvil choca por detrás su automóvil. Podría parecer que un abogado podría representarlos a ambos en la demanda contra el conductor del otro coche. Sin embargo, el pasajero también podría tener un reclamo contra el conductor demandante en virtud de una disposición sobre conductores no asegurados en la póliza del conductor. Además, dos o más acusados de haber cometido conjuntamente el mismo delito tienen conflictos de intereses, a pesar de las grandes ventajas que podrían tener al mantener un frente unido.

Uno de esos conflictos se relaciona con la posibilidad de que un acusado pueda escapar del castigo mediante un acuerdo para reducir su condena en que convenga presentar pruebas en contra del otro acusado.

[4] Conflictos relacionados con terceros no clientes

Un abogado tiene un conflicto entre los intereses del cliente y un tercero que no es cliente cuando, por ejemplo, alguien distinto al cliente paga los honorarios del abogado. Una situación habitual de este tipo sucede cuando un asegurador ha contratado al abogado para representar a su asegurado. Otra ocurre cuando el empleado de una organización está representado por un abogado pagado por la organización.

4. Lealtad y el deber fiduciario del abogado

Hemos identificado la confidencialidad, la diligencia o el celo, la competencia y la comunicación como los intereses éticos que son usualmente amenazados por los conflictos de intereses. Adicionalmente, aunque la lealtad no es objeto de una regla distinta en las *Reglas Modelo*, la lealtad suele ser citada como un interés ético separado en las discusiones sobre el conflicto de intereses.

Por ejemplo, el comentario a la Regla Modelo 1.7 (titulada "Conflicto de intereses: clientes actuales") comienza así: "La lealtad y la independencia de juicio son elementos esenciales en la relación del abogado con un cliente". Del mismo modo, en un caso que sentó un precedente en el cual se inhabilitó a un abogado por conflicto de intereses, el tribunal se refirió a la "lealtad absoluta" y la "fidelidad indivisible" que un abogado debe al cliente. El profesor Geoffrey Hazard ha dicho que "por encima de todo" un abogado debe demostrar lealtad al cliente, y el profesor Charles Wolfram ha subrayado que la relación abogado-cliente está "fundada en la lealtad prácticamente total del abogado al cliente y a los intereses del cliente".

La lealtad puede equipararse con el celo, y, al igual que el celo, impregnar la relación abogado-cliente. La lealtad también puede servir como una abreviación útil, para incluir al celo, la confidencialidad, la competencia y la comunicación. Adicionalmente, la lealtad manifiesta una preocupación por mantener la relación de confianza y confidencia entre el abogado y el cliente, y es una expresión de la obligación fiduciaria del abogado hacia el cliente. El juez Cardozo explicó la obligación de un fiduciario de esta manera:

Muchas formas de conducta permisibles en el mundo laboral para quienes actúan como partes no relacionadas, están prohibidas para quienes están obligados por lazos fiduciarios. Un fideicomisario está obligado a algo más estricto que a la moral del mercado. El estándar de conducta es, entonces, no sólo la honestidad, sino la puntillosidad de un honor de lo más sensible. En este sentido se ha desarrollado una tradición inflexible e inveterada. *Inflexible rigidez ha sido la actitud de los tribunales de equidad*

cuando se les ha pedido socavar la regla de la lealtad indivisible mediante la “erosión desintegradora” de excepciones particulares.

5. El criterio preventivo

Note, nuevamente, que el conflicto de interés surge en el caso del franquiciador de helados sin importar si la abogada de hecho haría mal uso de, o dejaría de usar, la información obtenida del cliente anterior en beneficio del nuevo. Si de hecho ella hizo un mal uso de las confidencias de su antiguo cliente, ella habría violado su obligación de confidencialidad, y si de hecho dejó de usar su conocimiento en beneficio del nuevo cliente, habría violado sus obligaciones de competencia y celo. El conflicto de intereses surge, sin embargo, antes de que tal punto sea alcanzado. Esto se debe a que las proscipciones por conflicto de intereses están diseñadas por criterios profilácticos y de apariencias.

El criterio profiláctico es prevenir una situación que podría resultar en la violación de una obligación ética sustantiva (tales como la violación del deber de confidencialidad o una falta de celo, competencia o comunicación). El criterio de apariencias es evitar una situación en la cual una persona imparcial tendría motivos para sospechar que una obligación ética ha sido violada - esto es, para evitar una “apariencia de impropiedad” incluso cuando ninguna violación ética ha ocurrido de hecho.

Ya nos hemos referido al criterio preventivo en el caso del comercializador de una franquicia de helados. Hay una probabilidad de que la abogada haya recibido confidencias y secretos del franquiciador cuando lo representó en el primer litigio. Por lo tanto, si la abogada fuera ahora a aceptar al comercializador como su cliente, podría en algún momento infringir sus responsabilidades profesionales tanto hacia el anterior cliente como hacia el nuevo. La proscipción sobre los conflictos de intereses impide llegar a ese punto.

Un caso análogo es el de un conductor ebrio que conduce imprudentemente pero con éxito desde el bar hasta su garaje. A pesar de que no ha causado ningún daño, es culpable del delito de conducir bajo los efectos del alcohol porque ha creado un riesgo de daño inaceptable.

Uno de los casos más habituales de conflicto de intereses ocurre cuando un abogado es elegido y pagado por una compañía de seguros para representar a su asegurado. 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 examinadas para evitar conflictos de intereses. A primera vista, la situación del seguro no presenta un conflicto, porque normalmente beneficia tanto el interés del asegurador como del asegurado minimizar la responsabilidad. Los abogados que ejercen en esta área pueden entonces asumir que representar tanto al asegurador como al asegurado no plantea ningún problema.

En la realidad, sin embargo, un gran número de serios conflictos están presentes. Asuma, por ejemplo, que el monto de la póliza es de \$500.000 dólares. El demandante está dispuesto a arreglar por tal suma, pero por nada menos, y sobre esa base el demandado-asegurado quiere poner término el caso. Sin

embargo, la compañía de seguros considera que no tiene nada que perder litigando el caso porque el jurado podría fijar una indemnización considerablemente menor que el valor nominal de la póliza. Y si el jurado fija una indemnización considerablemente mayor que el monto de la póliza, la compañía no perdería nada ya que el asegurado sería el responsable por la cantidad adicional.

Por otro lado, si la asegurada es una abogada o doctora acusada de negligencia profesional, ella podría no estar dispuesta a aceptar un acuerdo por un monto considerablemente menor que el de la cobertura total de la póliza. Desde su punto de vista, sólo litigando el caso podría ella defender su reputación y reivindicarse 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 una abogada, en el curso de representar al asegurado, descubriese hechos que pudieran dar pie para argumentar que el asegurado carece de todo derecho a la cobertura del seguro. Por ejemplo, al llenar el formulario de solicitud de la póliza de seguros, el asegurado pudo haber hecho afirmaciones falsas, justificando la pretensión de la compañía aseguradora de que la póliza es anulable. Si la abogada informa 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 percibida como su cliente, la abogada estaría obligada a mantener a la compañía completamente informada de todos los acontecimientos importantes del caso, incluyendo la posibilidad de anular la póliza.

Incluso si la abogada y la compañía de seguros entendieran que sólo el asegurado es el cliente de la abogada, no obstante, existe un conflicto de intereses porque la abogada tiene un incentivo financiero para mantener la buena voluntad de la compañía de seguros, es decir, de “ganarse el favor” de la compañía. La compañía, no el asegurado, es la fuente del negocio de la abogada, y la lealtad de la abogada hacia el cliente (el asegurado) podría verse significativamente perjudicada por el deseo de repetir el negocio por parte del asegurador.

Considere otra ilustración del criterio preventivo. Los abogados, como otros agentes fiduciarios, tienen prohibición de mezclar fondos - de poner el dinero de sus clientes en sus propias cuentas bancarias. Los fondos de un cliente deben ser mantenidos en una cuenta que sea identificable como una cuenta en fideicomiso del cliente. Obviamente, no hay nada inherentemente inmoral en mezclar fondos. Surgen, sin embargo, tres posibilidades. Primero, la abogada podría sin intención retirar su propio dinero e invadir la porción del cliente en la cuenta. Segundo, la abogada 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 simplemente girando un cheque personal. De hecho, sin siquiera retirar el dinero del cliente, la abogada 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 de la abogada podría ser embargada por los acreedores de la abogada, 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 sí ocurren. La experiencia y el sentido común justifican una regla preventiva para reducir el riesgo.

6. 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.”

A diferencia de los jueces, los abogados deben 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 personas imparciales no tengan motivos razonables para sospechar que la administración de justicia está siendo perjudicada por la conducta impropia de los abogados. Por ende, la apariencia de impropiedad es una preocupación correspondiente a la ética de la abogacía.

Cuando nosotros hablamos acerca de la apariencia de impropiedad, sin embargo, nos estamos refiriendo a preocupaciones de fondo. A menos que la apariencia de impropiedad esté relacionada con un imperativo ético específico e identificable, el concepto es indebidamente vago, sea para propósitos de adecuadamente notificar a los abogados acerca de qué conducta se encuentra proscrita, o para propósitos de su aplicación racional. Note, por lo tanto, que en cada una de las ilustraciones previas las apariencias son de la más alta importancia. La imparcialidad de una jueza es de la esencia de su función, del mismo modo que el celo o competencia de una abogada o su fiabilidad con respecto a las confidencias. Mantener estas cualidades profesionales, en apariencia tanto como en los hechos, es esencial para la administración de justicia.

En nuestro caso de la franquicia de helados, por ejemplo, nosotros tendríamos razonables bases para creer que la abogada podría usar confidencias o secretos del anterior cliente, el franquiciador, en beneficio del nuevo cliente, el comercializador de helados. En el curso de representar celosamente al cliente actual, es probable que -con o sin intención- la abogada estará utilizando 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, o han llevado, a un abogado, con o sin intención, a apropiarse de los fondos del cliente. En estos casos, por lo tanto, la apariencia de impropiedad está referida a una justificada sospecha de una determinada mala conducta.

7. Relación sustantiva y rol significativo.

Como hemos destacado, los conflictos de interés pueden existir aun cuando ninguna impropiedad significativa ha ocurrido. Esto es así ya sea que estemos hablando a la luz del criterio preventivo o del

criterio de las apariencias. Bajo cualquiera de estos razonamientos, el concepto de conflicto de intereses gira en torno a una posibilidad razonable basada en la experiencia y el sentido común.

Retornando de nuevo al caso de la franquicia de helados, asuma que no existe evidencia directa de que la abogada haya tenido conocimiento alguno de confidencias o secretos de su anterior cliente que pudieran ser relevantes para el nuevo litigio. Sin embargo, los dos casos están sustancialmente relacionados - cada uno involucra una controversia sobre el cumplimiento del franquiciador del mismo contrato de franquicia. Además, estamos asumiendo que el papel de la abogada en el caso anterior fue uno importante y no meramente periférico. Esto quiere decir que es razonablemente posible que la abogada haya recibido información en el primer asunto que sería útil en contra del cliente anterior en el nuevo asunto.

El franquiciador puede perfectamente aceptar que la abogada no ha recibido confidencias o secretos de que conlleven alguna consecuencia, y por lo tanto el anterior cliente puede no tener objeciones a que la abogada tome al nuevo cliente. Sin embargo, si el anterior cliente sí tiene objeciones, ¿qué debería hacer la abogada? Nuevamente, nosotros hemos estado asumiendo un caso en el cual las dos materias están sustancialmente relacionadas entre sí, y que el rol de la abogada en el caso anterior fue central. Estos dos elementos son necesarios para justificar la inferencia de una razonable posibilidad de que la abogada haya obtenido confidencias del cliente en la anterior representación.

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

Incluso si las dos materias están sustancialmente relacionadas, como en nuestra hipotética franquicia de helados inicial, la abogada podría evitar un resultado de conflicto de interés si su papel en el anterior litigio sobre la franquicia hubiera sido periférico. Por ejemplo, la abogada podría ser capaz de demostrar que ella trabajó como pasante en el verano en la firma que había representado al franquiciador, que ella no tuvo acceso a los archivos del franquiciador, y que ella solamente tuvo a su cargo investigar la cuestión de si una cláusula en el acuerdo de franquicia lo tornaba ilusorio. Sobre estos hechos, sería extremadamente improbable que la abogada hubiera obtenido alguna confidencia del cliente en el anterior litigio, y le sería permitido que aceptara al nuevo cliente.

Permítasenos de nuevo asumir, sin embargo, que las dos materias están sustancialmente relacionadas y que el papel de la abogada en la anterior materia fue significativo. En tal caso habría un conflicto de intereses a menos que la abogada pudiera probar un hecho negativo - que, a pesar de la relación

sustancial entre las dos materias y el rol central de la abogada en el caso anterior, ella sin embargo no recibió confidencias o secretos del cliente. Por supuesto, ella puede reiterar que no recibió confidencias de su cliente, pero no hay manera de que pueda probarlo. Más aún, la experiencia y el sentido común sugieren que, en un importante número de esta clase de casos, las negativas interesadas de al menos algunos abogados no serán del todo fiables.

La solución probatoria usual en una situación como ésta consiste en 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 declarar cuáles confidencias que la abogada tiene el cliente no quiere que sean reveladas. El problema con eso, empero, es obvio. Para proteger sus confidencias, se requeriría que el cliente las revelara.

El caso es apropiado, por lo tanto, para la siguiente presunción: cuando las dos materias están sustancialmente relacionadas y el rol de la abogada en el caso anterior fue significativo, se presume que la abogada obtuvo confidencias o secretos relevantes del cliente en la materia anterior. La abogada quedaría impedida de tomar al segundo cliente para evitar imponer una carga sobre el anterior cliente de exponer sus confidencias para poder preservarlas.

La presunción de que se obtuvo información relevante en la representación anterior se basa en parte en la obligación ética que tenía la abogada de obtener toda la información relevante durante la representación del ex cliente. Esta presunción se une a otra para generar el conflicto de intereses. La segunda presunción es que la abogada honrará sus obligaciones éticas con el nuevo cliente de celosa representación y comunicación, lo que incluye el uso de la información obtenida en la representación anterior en beneficio del nuevo cliente. Además, la jurisprudencia ha reconocido que un abogado, “quizás sin querer” o “incluso inconscientemente”, podría utilizar la información obtenida previamente.

8. Conflicto de interés posicional.

Asuma que una abogada representa al Señor Arrendador, quien es dueño de un edificio de departamentos. La abogada ha redactado un contrato tipo para Arrendador y lo representa en cualquier litigio que surja entre Arrendador y sus arrendatarios.

La abogada recibe una llamada del Señor Arrendatario, que no es un arrendatario en el edificio del cliente pero que quiere demandar a su propio arrendador a causa de una supuesta negligencia en la mantención del edificio en el cual Arrendatario vive. El contrato de Arrendatario tiene una cláusula, similar a una que la abogada redactó para el contrato tipo de Arrendador, exculpando de responsabilidad al arrendador en caso de negligencia. Por lo tanto, para vencer en el litigio, la abogada tendría que argumentar que esa cláusula en el arrendamiento de Arrendatario - similar a aquella que ella redactó para Arrendador - es anulable por abusiva o contravenir una política pública.

El conflicto no es tan obvio y directo como sería si la abogada fuera llamada para demandar a uno de clientes actuales. Aquí el conflicto es creado por las posiciones contradictorias que la abogada estaría tomando en un asunto relacionado con la representación de dos clientes no relacionados en contextos diferentes. Por consiguiente, se lo denomina conflicto de intereses posicional (o, a veces, “conflicto de intereses temático”).

Si la abogada decide representar a Arrendatario, ella tiene un conflicto de intereses con respecto a ambos clientes. Respecto a Arrendatario, existe una significativa probabilidad de que el celo y competencia de la abogada se vean perjudicados por su deseo de mantener a Arrendador como su cliente. Además, la cláusula que ella estaría atacando por abusiva y contraria a ciertas políticas públicas es similar a una que ella redactó, de manera que su orgullo por sus habilidades de redacción podría afectar negativamente la fuerza de su argumento en el litigio.

Con respecto a Arrendador, la abogada tiene un conflicto de interés porque su celosa representación de la causa de Arrendatario es inconsistente con su obligación de celo en la lucha por los derechos de Arrendador. Podríamos también decir que Arrendador bien podría experimentar una justificable sensación de traición. Esto se retrotrae a la noción de lealtad y a una preocupación por el menoscabo de la relación de confianza y confidencia entre el abogado y el cliente.

9. Descalificación imputada.

Asumamos que la abogada en cada uno de nuestros casos hipotéticos tiene un socio. Si la abogada no puede representar al comercializador de la franquicia de helados o al asegurado o al arrendatario, ¿puede su socio hacerlo?

Una vez más, acudimos a la experiencia y al sentido común. Los socios comparten utilidades y pérdidas. Ellos también comparten archivadores, sistemas computacionales, y conversaciones. Más aún, es virtualmente imposible vigilar las conversaciones entre socios. En consecuencia, si nos preocupa que un conflicto de intereses pueda perjudicar el celo y competencia de una abogada, o que pueda inducirla a hacer mal uso de confidencias, entonces nosotros debemos reconocer que los riesgos son sustancialmente los mismos cuando su socio asume la misma representación.

Por consiguiente, cuando una abogada es inhabilitada a causa de un conflicto de intereses, su socio queda igualmente inhabilitada. A esto se le conoce como descalificación imputada.

10. Conflictos “potenciales” , conflictos “reales”, y “apariencia de conflicto”.

Nuevamente, un conflicto de interés puede existir incluso aunque no haya ocurrido o vaya a ocurrir ninguna impropiedad real. Esto es porque los conflictos de interés están prohibidos para proteger contra potenciales impropiedades y contra la apariencia de impropiedad.

Como resultado, debiera quedar claro 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 de intereses potencial”, a un “conflicto de intereses real”, y a una “apariencia de un conflicto de intereses”.

Cuando los comentaristas se refieren a un conflicto de intereses “real”, ordinariamente quieren decir que se han producido una o más de las impropiedades sustantivas para cuya prevención la regla de conflicto de intereses fue diseñada. Así, dos ideas distintas - el conflicto de interés inicial y la consiguiente violación del celo o la confidencialidad- son resumidas en una sola frase, “conflicto de interés real”. Por ende, sería más adecuado decir que el abogado ha estado envuelto en un conflicto de interés, que luego resultó en una violación de la confidencialidad.

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

Dado que el razonamiento descuidado y las redundancias son demasiado comunes en el derecho, es poco lo que se puede hacer al respecto, pero estos usos pueden resultar confusos y engañosos. Además, como veremos, la corrupción de la expresión “apariencia de impropiedad” en “apariencia de un conflicto de interés” 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 sólo valioso, sino que también apareja una dimensión constitucional.

11. Consentimiento a los conflictos de intereses.

Este libro aboga por un sistema de ética de los abogados centrado en el cliente que está diseñado en gran medida para dar expresión a la autonomía de cada cliente. En el contexto de los conflictos de intereses, la autonomía del cliente significa que los clientes afectados deberían tener el poder de renunciar al conflicto de intereses, en la medida en que los clientes actúen voluntariamente y con pleno conocimiento de todos los riesgos del conflicto.

En el caso hipotético de la franquicia de helados, por ejemplo, incluso si la abogada ha recibido confidencias de la representación anterior, el franquiciador no obstante podría no tener objeción alguna a que la abogada represente al comercializador en el nuevo litigio. Así pues, no habría ninguna razón para denegar al comercializador su derecho a elegir su abogado. 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 alguna apariencia de impropiedad.

Del mismo modo, en nuestro caso hipotético de seguros, el asegurado, habiendo sido plenamente informado al respecto y comprendiendo 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 justificaría interferir con la decisión de las partes. No sería suficiente, sin embargo, confiar en el aparente acuerdo del asegurado establecido 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 consciente de que existe tal cláusula en la póliza. Más aún, es dudoso que en cualquier caso el asegurado haya de hecho acordado aceptar al abogado con pleno conocimiento de los riesgos que conlleva hacerlo. Incluso si como cuestión de derecho contractual se determinara que dicha cláusula en una póliza es vinculante entre el asegurador y el asegurado, la cláusula no justificaría que la abogada ignorara sus propias responsabilidades éticas con respecto a los conflictos de interés.

Una vez más, sin embargo, si el asegurado toma una decisión plenamente informada y voluntaria de renunciar a cualquier conflicto, la decisión del asegurado debe ser respetada. Dicha renuncia por el asegurado debería satisfacer cualquier preocupación ética que otros - el colegio de abogados, la corte, o el público - puedan tener, ya sea de sustancia o de apariencias. De hecho, no se nos ocurre ningún conflicto de intereses que debiera ser irrenunciable, en la medida en que pueda juzgarse de manera imparcial que todas las personas potencialmente afectadas por el conflicto tuvieron una comprensión completa de los riesgos y tomaron una decisión voluntaria aceptando los riesgos aparejados al abogado en concreto. Por tal razón, la pregunta apropiada en casos de conflictos de interés es si el abogado es capaz de obtener un consentimiento voluntario e informado de parte del cliente o anterior cliente antes de tomar o continuar con la representación.

United States v. Schwarz, que surgió de un notorio episodio de brutalidad policial en Brooklyn, ilustra la situación en la que el acusado no podría haber actuado voluntariamente y/o con una comprensión completa de los riesgos al consentir el conflicto de intereses de su abogado. En consecuencia, el Segundo Circuito resolvió que el conflicto de intereses era “irrenunciable”.

El oficial de policía de Brooklyn Charles Schwarz fue acusado de violar los derechos civiles de Abner Louima y obstruir la justicia cuando supuestamente ayudó a su colega Justin Volpe en un asalto brutal a Louima en el baño de la comisaría poco después del arresto de Louima por alteración del orden público, resistencia al arresto y obstrucción. A lo largo del juicio, Volpe se declaró culpable y admitió que había introducido a la fuerza un palo de escoba en el recto de Louima.

Una cuestión fáctica crítica en el juicio fue si Schwarz estaba en el baño en el momento del ataque. Había pruebas relevantes, incluido el testimonio de la víctima, de que había un segundo agente en el baño. Pero hubo testimonios contradictorios sobre si se trataba del oficial Schwarz o del oficial Thomas Wiese. Como era probable que el jurado descubriera que había un segundo oficial en el baño, la defensa más fuerte de Schwarz fue que había sido Wiese. De hecho, Volpe, después de declararse

culpable, se ofreció a testificar que el oficial que lo acompañaba no era Schwarz. Sin embargo, el abogado de Schwarz no presentó pruebas ni argumentó ante el jurado que el segundo agente no fuera Schwarz. En cambio, adoptó la posición insostenible de que Volpe había actuado solo.

El conflicto de intereses se produjo porque el abogado de Schwarz era Stephen Worth, cuya firma había obtenido recientemente un contrato de anticipo de dos años por el valor de \$10.000.000 de dólares con la Policeman's Benevolent Association para representar a sus miembros. Cuando Louima interpuso una demanda civil contra la PBA, alegando una conspiración policial para encubrirlo, a la PBA le interesaba mantener que Volpe era un policía deshonesto que había actuado por su cuenta. Worth, para mantener el favor de la PBA, tenía un interés personal en adoptar la posición débil de que Volpe había actuado solo. De este modo, Schwarz se quedó sin ninguna refutación significativa de las pruebas de la fiscalía de que él había sido el segundo agente.

Al determinar que el conflicto de intereses de Worth era “irrenunciable”, el Segundo Circuito estaba “convencido de que ningún abogado defensor eficaz y libre de conflictos habría actuado como lo hizo Worth y, por lo tanto, sólo el conflicto de Worth podría explicar sus acciones”. El tribunal explicó que “irrenunciable” significa que no se puede renunciar a un conflicto “si, en las circunstancias del caso, ningún acusado racional desearía, consciente e inteligentemente, la representación de ese abogado”. Es decir, el tribunal dedujo que Schwarz no comprendía plenamente los riesgos del conflicto y que, por tanto, su renuncia había sido ineficaz. En consecuencia, el tribunal anuló la condena de Schwarz.