

EL CONFLICTO DE INTERESES EN LA ABOGACÍA: REFLEXIÓN FILOSÓFICO-JURÍDICA.

Ángela Aparisi Miralles
Catedrática de Filosofía del Derecho
Universidad de Navarra

Índice

- 1. Introducción**
- 2. Aproximación al concepto de conflicto de intereses**
- 3. Conclusión**

1. Introducción

El conflicto de intereses es una cuestión fundamental de la deontología profesional en general, y de manera más concreta, de la deontología jurídica. Cuando se plantea un problema de este tipo, entran en juego principios esenciales que rigen el ejercicio de la Abogacía como, por ejemplo, el secreto profesional, la independencia, la lealtad hacia el cliente, la igualdad de las partes, el desinterés y la confianza recíproca. Además, el conflicto de intereses puede afectar a la dignidad de la profesión e, incluso, a la confianza social en la integridad de sus miembros. Si, por otro lado, tenemos en cuenta los perjuicios que un conflicto de intereses puede causar a los clientes, se entiende que la conducta no esté contemplada, de manera exclusiva, en la Deontología de la profesión sino que, además, en muchos países, como por ejemplo España, el Código Penal contenga una expresa referencia al tema¹.

Estamos, en consecuencia, ante una cuestión relevante en un doble aspecto: deontológico y jurídico. No obstante, se podría afirmar que el primero prima sobre el segundo, ya que en la base de la regulación jurídica se encuentran elementos de claro origen deontológico. Por ello, en este texto voy a adoptar, fundamentalmente, este último enfoque.

El estudio de los problemas que plantea la ética y la deontología jurídica² y, más en concreto, el tema del conflicto de intereses, pueden enfocarse, a su vez, desde muy

¹ El artículo 467 del Código Penal establece que “El Abogado o Procurador que, habiendo asesorado o tomado la defensa o representación de alguna persona, sin el consentimiento de ésta defiende o representa en el mismo asunto a quien tenga intereses contrarios, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para su profesión de dos a cuatro años”.

² Sobre la diferencia entre ética profesional y deontología vid. Aparisi, A., *Ética y Deontología para Juristas*, Eunsa, Pamplona, 2008 (2ª edición), capítulo III.

diversas perspectivas: histórica, normativa (por ejemplo, describiendo la regulación deontológica o legal), jurisprudencial, etc. Sin embargo, existe un aspecto que, en mi opinión, se encuentra en la base de tales perspectivas y que, al mismo tiempo, las trasciende: la previa reflexión sobre el sentido y la misión de la profesión en la sociedad. Por ello, considero que un adecuado enfoque del tema que nos ocupa no puede prescindir de una breve referencia a la razón de ser y a la finalidad³ social de la actuación del Abogado. En caso contrario, si se ignora este aspecto, se corre el riesgo de presentar la cuestión desde una perspectiva excesivamente normativista y prescriptiva que, entre otras cosas, eludiría el problema de fondo, relativo a la fundamentación última de las normas. Por esta vía, la deontología puede llegar a ser entendida, exclusivamente, como un elenco de deberes cuyo estricto cumplimiento conllevaría un correcto ejercicio profesional y, al contrario, su omisión implicaría una práctica reprochable. Frente a esta visión, considero que, además de establecer deberes y obligaciones, la deontología debe ser capaz de proponer y potenciar un modelo de jurista excelente.

En esta línea, entiendo que, no sólo es necesario apelar a la deontología cuando surge un problema grave, con una gran repercusión social o, al menos, con una evidente manifestación pública. Esto es un error que conduce al profesional, en su trabajo ordinario, a olvidar o minusvalorar la deontología. Además, tiende a asignarle una clara impronta “negativa”⁴. Por el contrario, pienso que la reflexión deontológica debe estar presente en todos los momentos de la actuación profesional. No es algo sobre lo que reflexionar “a posteriori”, sino que debe encontrarse en el núcleo del planteamiento inicial de la actividad del Abogado⁵.

De acuerdo con lo señalado, considero que una visión integradora, y no reductiva, de la deontología profesional debería tener en cuenta, al mismo tiempo, tres aspectos:

³ Es evidente que la noción de fin posee poco arraigo en nuestro contexto socio-jurídico. Las raíces de este abandono se encuentran en los mismos orígenes de la ciencia moderna. Como es bien conocido, a partir del siglo XVII, la nueva ciencia quiso prescindir de las causas finales. Entre otros, Bacon las había considerado como “vírgenes estériles”. Dada su inutilidad para conseguir los resultados técnicos y pragmáticos buscados, centró su atención sobre las causas eficientes (Vid. Ballesteros, J., *Sobre el sentido del Derecho*, Técno, Madrid, 2002, págs. 24 y ss). Por ello, el modelo de ciencia moderno no busca las causas ni el sentido de la propia labor, sino que se limita a describir *leyes*. El saber de la nueva ciencia sustituye la pregunta del *por qué* por la indagación del *cómo* (Zubiri, X., “La nueva física”, en *Naturaleza, Historia, Dios*, Editora Nacional, Madrid, 1963, págs. 103 y ss. y 228 y ss). Bajo esta visión, el científico, y, en última instancia, cualquier profesional –también el jurista–, deja de parecerse a un sabio y se convierte, progresivamente, en un técnico. Esta visión resulta, en mi opinión, claramente reduccionista.

⁴ Vid. López Guzmán, J., “Aspectos económicos e ideológicos de la investigación biomédica: los conflictos de intereses”, en Ballesteros, J., Fernández, E., *Biotecnología y Posthumanismo*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, pág. 293

⁵ Por no tener en cuenta este último aspecto, la reflexión deontológica se ha venido asociando, cada vez más, a graves escándalos. Por ello, en muchas ocasiones, cuando se apela a la deontología, el problema que ha generado el conflicto ya no tiene solución y sus efectos son verdaderamente nocivos. Este hecho motiva que a la ética y la deontología se les asigne, por parte de amplios sectores, una dimensión meramente coactiva. Frente a esta situación, considero que la formación en la ética y la deontología profesional de los futuros juristas es muy importante, siendo ello una competencia ineludible de los docentes universitarios.

los bienes⁶ o fines que persigue internamente una profesión y, más en concreto, un específico deber deontológico, las normas, y las virtudes profesionales⁷. En este sentido, entiendo que, aunque un colectivo profesional posea adecuadas normas reguladoras de su profesión, si no es capaz de reactualizar continuamente los bienes o principios a perseguir corporativamente, y de potenciar las virtudes profesionales de sus miembros, los resultados serán insuficientes⁸. Ciertamente, las normas son necesarias, pero, en el ámbito de la deontología, la verdadera solución pasa también, e inevitablemente, por la promoción de la integridad personal de los profesionales⁹.

Esta visión de la deontología pretende conciliar las dos grandes tradiciones filosóficas occidentales sobre la ética: la aristotélica, que centra su atención en la finalidad¹⁰ y el sentido de las acciones humanas -con especial énfasis en la noción de virtud-, y la kantiana, cuya preocupación son, fundamentalmente, las normas por las que deben guiarse las actuaciones humanas.

En nuestro caso, el bien o fin fundamental que debe perseguir el ejercicio de la Abogacía es la justicia, entendida, no tanto como un valor superior o ideal, sino como justicia real o humana, como justicia del caso concreto. En esta línea, el Código deontológico de la Abogacía española afirma que:

⁶ Como señala MacIntyre, en su crítica a Rawls, “una precondition necesaria para la posesión por una comunidad de una adecuadamente compartida racionalidad fundante de las normas morales, es la necesaria posesión de una concepción del bien humano racionalmente justificable (...) el respeto y la adhesión a esa compartida concepción del bien humano ha de ser institucionalizada en la vida de esa comunidad” (MacIntyre, A., “The Privatization of Good, an Inaugural lecture”, en *The Review of Politics*, vol. 52, núm. 3, U. de Notre Dame, Notre Dame-Indiana, 1990, pág. 351).

⁷ Polo, L., *Ética. Hacia una versión moderna de los temas clásicos*, Unión Editorial, Madrid, 1996, págs. 114-127.

⁸ La misma crítica puede hacerse a muchas teorías actuales de la Justicia como, por ejemplo, la propuesta por John Rawls, el cual se refiere a la justicia como un cierto orden o cualidad de la vida social. Deja así de lado la noción clásica de justicia, entendida como la virtud personal consistente en dar a cada uno lo que le corresponde. Como señala Massini, la “teoría de la justicia (de Rawls) no presupone la virtud – al menos la virtud de la justicia- en los miembros de la sociedad justa, sino que consiste solamente en un cierto modo de disponer las relaciones y prácticas sociales” (Massini, C.I., “La teoría contemporánea de la justicia, de Rawls a MacIntyre”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, aprile/giugno, LXX, 1993, pág. 208). A ello habría que añadir que el modelo de sociedad que propone Rawls se construye sobre el presupuesto de que los agentes morales son “egoístas racionales”. De este modo, una de las bases para poder llegar a acordar los principios de justicia es el puro autointerés. Nada queda para la exigencia de perfección moral de los contratantes. En definitiva, como señala Massini, nos encontramos ante “una extraña fórmula de pesimismo antropológico y optimismo social”, de acuerdo con la cual la agrupación de hombres injustos puede alcanzar, si se siguen determinadas reglas, una sociedad justa (Massini, C.I., “La teoría contemporánea de la justicia, de Rawls a MacIntyre”, op. cit., pág. 217). O, siguiendo a Bertrand de Jouvenel, estaríamos ante la insólita pretensión de conseguir una sociedad justa en la que nadie tenga que serlo (Jouvenel, B., *La soberanía*, trad. L. Benavídez, Rialp, Madrid, 1957, pág. 296).

⁹ Termes, R., *Las irregularidades financieras y la economía de mercado*, IESE, Universidad de Navarra, 2002, pág. 26.

¹⁰ En este sentido, resulta significativo que el Libro I, punto 1 de la *Ética a Nicómaco* comience con el rótulo de “Toda actividad humana tiene un fin” (Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, trad. y notas Julio Pallí, Gredos, Madrid, 1995 (3ª reimpresión), I, 1, pág. 129).

"La función social de la Abogacía exige establecer unas normas deontológicas para su ejercicio. A lo largo de los siglos, muchos han sido los intereses confiados a la Abogacía, todos ellos trascendentales, fundamentalmente relacionados con el imperio del Derecho y la Justicia humana"¹¹.

La realización de dicha justicia particular exige, a su vez, el respeto a los principios esenciales de la profesión. Entre ellos, podemos destacar el secreto profesional, la lealtad, la independencia, el desinterés y la confianza en el Abogado. Asimismo, cobran un papel insustituible las virtudes de la "honradez, probidad, rectitud, lealtad...y veracidad". Como indica el Código Deontológico de la Abogacía Española, dichas virtudes "deben adornar cualquier actuación del Abogado. Ellas son la causa de las necesarias relaciones de confianza Abogado-Cliente y la base del honor y la dignidad de la profesión". Es evidente que tales principios y virtudes se pueden ver afectados, o incluso gravemente lesionados, cuando se plantea un conflicto de intereses.

2. Aproximación al concepto de conflicto de intereses

Cualquier actividad llevada a cabo por un Abogado persigue diferentes objetivos o intereses, posee distintas finalidades. Algunas son externas a la misma práctica profesional y tienen, fundamentalmente, un carácter subjetivo o personal. Por ello, son comunes a otras actuaciones humanas. En este sentido, por ejemplo, MacIntyre, al tratar esta cuestión, menciona, entre estos bienes, el dinero, el prestigio profesional o social, y el poder. Tales bienes se obtienen como resultado externo, como consecuencia de la actuación profesional, pero no son los que dan sentido a la actividad, ni le confieren su legitimidad social¹².

Al mismo tiempo, y al margen de dichos intereses o fines del profesional, siempre existen unos bienes intrínsecos a cada profesión. Son éstos los que diferencian cada actividad profesional, los que le confieren su específica legitimidad social. Esta sería la dimensión de la *praxis*¹³, necesariamente presente en trasfondo de cualquier profesión.

¹¹ El mismo enfoque adopta el artículo 1.1 del Código Deontológico del Consejo de los Colegios de Abogados de la Unión Europea. Bajo el rótulo de *La misión del Abogado*, sostiene que: "En una sociedad fundada en el respeto a la Justicia, el Abogado tiene un papel fundamental. Su misión no se limita a ejecutar fielmente un mandato en el marco de la Ley. En un Estado de Derecho el Abogado es indispensable para la Justicia y para los justiciables, pues tiene la obligación de defender los derechos y las libertades; es tanto el asesor como el defensor de su cliente".

¹² MacIntyre, A., *Tras la virtud*, trad. Amelia Valcárcel, Crítica, Barcelona, 1987, pág. 234.

¹³ Partiendo del carácter intencional de toda acción humana, Aristóteles distinguió entre *poiesis* y *praxis* "Todo arte y toda investigación e, igualmente, toda acción y libre elección parecen tender a algún bien...Sin embargo, es evidente que hay algunas diferencias entre los fines, pues unos son actividades y los otros obras aparte de las actividades" (Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, trad. y notas Julio Pallí, Gredos, Madrid, 1995 (3ª reimpresión), Libro I, 1, 1094a, pág. 129). Entiende por *poiesis* aquel tipo de actividad que sitúa su fin en un resultado externo, en una determinada cosa o producto. Por eso, en sus palabras "el fin de la producción es distinto de ella". Por su parte, la *praxis* es aquel tipo de operación cuyo fin es la buena práctica en sí

Ciertamente, tanto los profesionales, como las empresas en las que estos trabajan, necesitan de bienes externos para su supervivencia y mejora (beneficios económicos, prestigio profesional y social, etc.). Pero tales bienes no pueden llegar a sustituir, completamente, a los internos, ya que entonces el profesional, la empresa o la institución, comenzarían a corromperse¹⁴ o, al menos, perderían su norte.

Desde esta perspectiva, surge un conflicto de intereses cuando se presentan ciertas condiciones que pueden motivar que el bien primario y los principios fundamentales de una profesión sean distorsionados por intereses secundarios, como el beneficio económico, el triunfo profesional, el reconocimiento social o el de los colegas, etc. Ciertamente, toda actividad del Abogado persigue un legítimo interés subjetivo o personal. Pero, al mismo tiempo, debe respetar el interés objetivo y los principios esenciales de la profesión. Por ello, el problema estará en determinar en qué medida, en una concreta situación, existe un claro *riesgo* de que el primero pueda afectar gravemente o, incluso, anular, al segundo. Ciertamente, los límites entre las situaciones de riesgo y las que no lo son nunca serán nítidos. De ahí la importancia de concretar normativamente las distintas posibilidades¹⁵. En cualquier caso, considero que, en un contexto de duda, el Abogado debe abstenerse de intervenir.

De acuerdo con lo señalado, el conflicto de intereses, como su mismo nombre indica, requiere de una confrontación entre distintas finalidades o bienes. Por ello, no exige una situación en la que el daño *necesariamente* se vaya a producir o, incluso, ya se haya producido. Se trata, más bien, de un estado de *riesgo* para la integridad de la actuación profesional y, especialmente, para ciertos principios fundamentales que deben informarla¹⁶.

La importancia del conflicto de intereses vendrá determinada, fundamentalmente, por dos variables¹⁷. La primera es la probabilidad de que una situación concreta presente, en potencia, el *riesgo* de incidir negativamente en la actuación del profesional (ya sea por revelación de información sometida al secreto profesional, por deslealtad,...). La segunda, el perjuicio que, previsiblemente, se pueda derivar de ese acto para terceros. Además, la valoración también deberá tener en cuenta otros factores secundarios, como el posible daño producido al prestigio del colectivo profesional y la desconfianza generada en la sociedad. Es evidente que cuando un conflicto de interés se materializa de forma ilícita, queda en entredicho, inmediatamente, la honestidad del profesional afectado en el proceso. Pero no es esa la única manifestación negativa del problema: también el despacho o empresa a la que pertenece el Abogado se puede ver dañado o cuestionado, ya que el que ha realizado la actuación objetable es parte del

misma: "una acción bien hecha es ella misma el fin" (Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Libro VI, 5, 1140b, op. cit., pág. 273).

¹⁴ Vid. Fried, "The Lawyer as a Friend: The Moral Foundations of the Lawyer-Client Relation", *Yale Law Journal*, 85, 1976, pág. 1060, 1068-1073.

¹⁵ Un ejemplo de ello puede ser el *ABA Model Rules of Professional Conduct*.

¹⁶ Por ello, se ha señalado que este tipo de conflictos remiten a situaciones en las que concurren unas determinadas circunstancias, no siendo directamente el resultado de unos comportamientos. En consecuencia, serán las circunstancias y no los resultados las que determinarán la existencia del mismo (Kassirer, J.P., Angell, M., "Financial conflicts of interest in Biomedical Research", *N. England J. Med.*, 1993, 329, pág. 570).

¹⁷ Vid. López Guzmán, J., "Aspectos económicos e ideológicos de la investigación biomédica: los conflictos de intereses", op. cit., pág. 287.

mismo. Por último, conviene tener en cuenta que el daño puede extenderse, también, al conjunto del colectivo profesional.

3. Conclusión

De alguna manera, ser jurista implica no tanto vivir *del* derecho, como *en* el derecho¹⁸. Ello significa que quien decide dedicar su vida profesional al ámbito jurídico debe aceptar todo lo que conlleva esta actividad: su disciplina y sus ideales¹⁹. En esta línea, para Barraca "la pregunta clave de la Deontología jurídica...ha de formularse del siguiente modo: ¿cuál debe ser el carácter o personalidad propios del profesional del Derecho?"²⁰. O, dicho de otra manera, ¿que *hábitos* profesionales son los más convenientes en un buen jurista? Valorar la justicia y tener buen juicio no es algo que se derive, exclusivamente, de un buen conocimiento de la legalidad vigente. Requiere adquirir un cierto carácter -como resultado de una recta voluntad previa-, que se depurará con la experiencia. Por ello, un adecuado enfoque de la deontología no debe estar encauzado, exclusivamente, a prescribir o prohibir conductas acordes o disconformes con una determinada normativa previa, sino también a mostrar cual es el modelo *de profesional* al que se debe de tender, que bienes y virtudes profesionales deben promoverse.

En el contexto actual asistimos a un proceso de competitividad²¹ y mercantilización creciente en la práctica jurídica. Existe una tendencia a la racionalización y al pragmatismo que inclina a asimilar el trabajo de los profesionales del derecho a la actividad que se lleva a cabo en cualquier otra empresa comercial. Si este modelo se llegara a consagrar, la única finalidad y los únicos bienes perseguidos por los profesionales serían los subjetivos o externos. La generalización de este tipo de actitud lesionaría un elemento fundamental para el funcionamiento de la Administración de Justicia: la confianza. Frente a ello, y precisamente en este nuevo contexto profesional, podemos ponderar mejor la importancia de los principios y virtudes que tradicionalmente han regido en el ejercicio de la Abogacía. Gran parte de ellos pueden ser profundamente afectados por un conflicto de intereses.

¹⁸ Vid. Kronman, A., "Vivir en el derecho", en Böhmer, M. F. (comp.), *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, Gedisa, Barcelona, 1999.

¹⁹ En realidad, siguiendo a Lega, "quien ha efectuado una elección profesional solicitando su inscripción en el registro de los abogados o de los procuradores y ejerce, efectivamente, la profesión, no puede -por lógica coherencia- ejercerla de otro modo que en armonía con la función social que a ella se atribuye, en relación con los fines ético-solidarios" (Lega, C., *Deontología de la profesión de Abogado*, Civitas, Madrid, 1983 (2ª ed.), pág. 65).

²⁰ Barraca Mairal, J., "La vocación del Derecho", en VVAA., *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios de Deontología*, UCAM-AEDOS, Murcia, 2003, págs. 248-249.

²¹ En este contexto, considero que la Sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de noviembre de 2008, dictada por el Pleno de la Sala de lo Contencioso Administrativo, va a tener consecuencias negativas en este aspecto. En dicha Sentencia, el Tribunal establece que la prohibición de *cuota litis*, recogida en el Código Deontológico de la Abogacía Española, en el Código Deontológico de la Abogacía Europea y en el Estatuto General de la Abogacía, es contraria a lo previsto en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

