

2008

Perspectivas comparadas sobre la regulación de los abogados: Una agenda para la reforma en Estados Unidos y Canadá

Deborah L. Rhode y Alice Wooley

Formato de cita recomendado

Deborah L. Rhode y Alice Wooley, "Perspectivas comparadas sobre la regulación de los abogados: Una agenda para la reforma en Estados Unidos y Canadá", Revista Argentina de Teoría Jurídica 19 1 (2018)

Para más trabajos publicados en la Revista Argentina de Teoría Jurídica acceda a revistajuridica.utdt.edu

Este artículo está disponible gratis y de forma pública por la Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella. Para más información, por favor contactarse con rati@utdt.edu

Perspectivas comparadas sobre la regulación de los abogados: Una agenda para la reforma en Estados Unidos y Canadá*

Deborah L. Rhode y Alice Wooley

INTRODUCCIÓN

Si bien son naciones parecidas en muchos sentidos, los Estados Unidos y Canadá tienen diferencias constitucionales y culturales que afectan la regulación profesional de los abogados. En los Estados Unidos, los requisitos constitucionales sobre la separación de los poderes han permitido que las cortes estatales establezcan autoridad inherente sobre la regulación profesional. En Canadá, las legislaciones provinciales han otorgado el poder regulatorio a las sociedades del derecho, que son lideradas por abogados elegidos por el bar. En teoría, cada estructura tiene sus fortalezas. El sistema norteamericano protege la independencia de la profesión, y ofrece un cuerpo de supervisión con una visión global más desinteresada que aquella controlada directamente por el bar. El sistema canadiense ofrece mayor potencial para una contabilidad pública y controla el desenvolvimiento de las regulaciones. De todas maneras, en la práctica, las estructuras de los países tienen debilidades parecidas. La profesión tanto en Estados Unidos como en Canadá determina el foco de la regulación de las actividades, y generalmente el énfasis está en proteger sus propios intereses económicos y su reputación. Frecuentemente, el resultado es una respuesta inadecuada a las preocupaciones de los consumidores y excesivas sanciones punitivas por malas conductas que ocurren fuera del contexto profesional pero que afectan la imagen pública de los abogados.

En nuestro punto de vista, el problema fundamental en los dos países es estructural. No importa cuán bien intencionados sean, ningún grupo de profesionales está posicionado para tomar una perspectiva desinteresada sobre asuntos que involucren a su propio estatus y supervivencia. Nada en la historia de la autogestión del bar sugiere que los abogados sean una excepción. El reconocimiento de este hecho ha llevado a reformistas en Australia e Inglaterra a desarrollar estructuras en las que la profesión comparte autoridad con, y rinde cuentas a, entes regulatorios no relacionados con la profesión. Estas reformas son parte de tendencia más amplia para fomentar mayor rendición de cuentas y transparencia en estructuras regulatorias que nosotras creemos deberían informar a los sistemas de gobierno norteamericano y canadiense¹.

* Publicado originalmente como “Comparative Perspectives on Lawyer Regulation: An Agenda for Reform in the United States and Canada” en *Fordham Law Review*, volumen 80, número 6, año 2012. Traducido por Diego Hammerschlag, y revisado por Juan Pablo Panozzo.

¹ Véase Laurel S. Terry, Steve Mark, & Tahlia Gordon, *Adopting Regulatory Objectives for the Legal Profession*, 80 *Fordham L. Rev.* 2685 (2012). Tal como sostiene el Reporte de Servicios Legales de la OCDE, existe un riesgo

Nuestras propuestas parten de dos premisas claves sobre los objetivos regulatorios. La primera es que ciertas imperfecciones en el mercado de servicios legales justifican una supervisión externa². Estas imperfecciones incluyen lo que varios economistas describen como: información asimétrica y barreras; “free redes”; y externalidades. La segunda premisa es que las estructuras regulatorias deberían enfocarse en la protección pública más que en la imagen pública.

La regulación falla cuando no detiene o cura efectivamente infracciones de las obligaciones legales de los abogados hacia sus clientes y el sistema legal. En el mercado de servicios legales, una típica imperfección es la incapacidad que tienen los consumidores de hacer una evaluación precisa sobre los servicios que reciben, tanto antes como después de la operación. La mayoría de los clientes individuales (a diferencia de los corporativos) son compradores de una sola vez. La falta de experiencia, sumada a los gastos y dificultades de comparar servicios profesionales no homogéneos, hace difícil para los consumidores identificar cuáles son servicios rentables³. Aún los sofisticados clientes corporativos pueden experimentar problemas al evaluar la necesidad o eficiencia de ciertos servicios y al detectar cobros fraudulentos⁴. Los resultados son un parámetro de medición inadecuado de la performance profesional porque pueden reflejar factores que están más allá del control de los abogados, tales como la falibilidad de los jueces o jurados o la perversidad de las contrapartes.

Las barreras de información pueden afectar adversamente la calidad o distorsionar el precio de los servicios profesionales. Por un lado, si los clientes no pueden discriminar de manera precisa los servicios disponibles, y no hay un ente regulador que establezca un estándar mínimo, no se generan los incentivos adecuados para que los abogados inviertan tiempo, educación y recursos en proveer un servicio eficiente. La competencia puede fomentar que los abogados busquen atajos, en el que el mal ejercicio del derecho expulsa al buen ejercicio, y el público es el que paga el precio. Por el otro lado, ante la ausencia de información adecuada, los consumidores podrán asumir que estatus y precio significan calidad, por lo que contratarán a un abogado más caro del que sería necesario. En la ausencia de alguna regulación externa que asegure la efectividad del costo de los servicios legales, muchos compradores de estos servicios pueden terminar con practicantes incompetentes, sobrevaluados o poco éticos.

de que la auto-regulación promueva los intereses de la profesión sin generar beneficios correspondientes al público en general. OCDE, *Competitive Restrictions in Legal Professions* 2007, en 19-20 (2008).

² Un mercado que funciona perfectamente tiene cinco características: (1) numerosos compradores y vendedores, (2) productos homogéneos que pueden ser fácilmente comparables, (3) información adecuada para compradores y vendedores, (4) no hay barreras en la entrada ni en la salida, y (5) no hay externalidades. Como Alice Woolley ha argumentado en otro momento, el mercado de los servicios legales tiene solo una de estas características: hay numerosos compradores y vendedores en el mercado. Alice Wooley, *Imperfect Duty: Lawyers' Obligation to Foster Access to Justice*. 45 ALTA. L. REV. (SPECIAL ISSUE) 107, 120-38 (2008). Ver general Gillian K. Hadfield, *The Price of Law: How The Market for Lawyers Distorts the Justice System*, 98 MICH.L. REV. 953 (2000).

³ Los servicios legales son no homogéneos porque las necesidades de los clientes no son las mismas y además (y más importante) porque los servicios ofrecidos por un abogado pueden variar radicalmente de los servicios ofrecidos por otro abogado en términos de eficiencia, diligencia, habilidad y conocimiento legal.

⁴ En una encuesta de abogados americanos, solo el 44% dijo que nunca fueron influenciados por la tentación de hacer más trabajo del necesario, y el 43% cree por lo menos un 10% del trabajo de los abogados americanos es innecesario. William G. Ross *How Widespread Is Unethical Billing?*, ACCT. & FIN. PLAN FOR L. FIRMS, L. NEWSLETTERS, Oct 2007, p. 2.

Una mayor dificultad involucra a los “*free redes*”, esto es, aquellos que se benefician del estándar del bar sin cumplirlo personalmente. Por ejemplo, el bar colectivamente tiene interés en contar con abogados que se comporten de manera tal que mantengan la confianza pública. Con la ausencia de efectivas estructuras regulatorias, ciertos abogados individuales van a tener incentivos económicos inadecuados para evitar engaños; ellos pueden beneficiarse como “*free riders*” de la reputación general del bar, sin siquiera adherir a las reglas que este mantiene.

La última categoría de las imperfecciones del mercado involucra los costos externos a la sociedad y terceros por las conductas que pueden ser ventajosas entre clientes particulares y sus abogados. Por ejemplo, la sociedad generalmente tiene un interés en ver una rápida y justa resolución de las disputas en circunstancias en las que clientes individuales estarían dispuestos a pagar a los abogados para demorar u obstruir el proceso por descubrir la verdad.

Todos estos problemas son el llamado a una regulación que tenga como preocupación primordial la protección del cliente y los intereses sociales. Las imperfecciones en el mercado de servicios legales requieren medidas de supervisión que aseguren a los clientes un servicio competente y ético a un precio razonable. El desafío central es diseñar procesos regulatorios que preserven la independencia profesional pero que también aseguren la responsabilidad profesional donde los mecanismos del mercado son incapaces de hacerlo. Con este estándar, tanto la estructura de supervisión americana como el canadiense no son satisfactorias.

I. EL PROCESO DISCIPLINARIO DE ESTADOS UNIDOS

Nunca le han faltado críticas al proceso disciplinario americano. En las últimas cuatro décadas, tanto las comisiones del bar como académicos independientes han identificado serios problemas respecto a la mala conducta. Richard Abel ha resumido la opinión de todos: “muy poco comportamiento no ético es nombrado, culpado, reclamado y castigado”⁵, y la mayoría de los americanos concuerdan. Solo alrededor de un tercio del público cree que el bar hace un buen trabajo disciplinando a los abogados⁶. “Muy lento, muy secreto, muy leve y muy auto regulado” ha sido una queja generalizada⁷. Sin embargo, los propios abogados tienden a culpar al sistema precisamente, por lo contrario. Muchos lo ven como “injusto, opresivo y contraproducente” para aquellos sujetos a su regulación.⁸

Las dos posturas tienen una base cierta, pero los clientes son los que pagan el precio más alto. El problema básico es estructural. Como John Coffe dice, la autorregulación permite “el continuo control gremial, por el gremio y para el gremio”⁹. Esto ha significado que la disciplina del bar haya estado muy poco enfocada en la protección del cliente y muy enfocada en temas

⁵ Richard L. Abel, *Lawyers in the Dock: Learning form Attorney Disciplinary Proceedings*, p. 505 (2008).

⁶ Véase Deborah L. Rhode, en *The Interests of Justice*, p. 158 (2000), véase también *Perceptions of the U.S. System*, p. 63 (ABA, ed., 1999)

⁷ ABA Comm’n en *Evaluation of Disciplinary Enforcement*, nota supra 5, xxiv.

⁸ ABEL, nota supra 5, p. 505

⁹ John C. Coffe, Jr., *The Attorney as Gatekeeper: An Agenda for the SEC*, 103 Colum. L. Rev. 1293, 1316 (2003). Para miradas similares, ver Anthony E. Davis, *Professional Liability Insurers as Regulators of Law Practice*, *Fordham L. Rev.*, volumen 65, pp. 209, 231 (1996)

concernientes a la reputación de los abogados. Muchas de las autoridades disciplinarias ni siquiera tratan una variedad de malas conductas – la “mera” negligencia y la sobrefacturación, por ejemplo – porque tienen limitación de recursos y la (errónea) suposición que otros remedios civiles están disponibles.¹⁰ Pero todas las autoridades sancionan la mala conducta cometida fuera de relaciones profesionales en lo que es muy generalmente un esfuerzo mal dirigido para prevenir la desacreditación del bar.

A. Una Estructura de la Disciplina Profesional con Fallas

La dificultad básica es que las cortes estatales han reclamado la autoridad inherente para regular la profesión, pero no tienen el tiempo, interés o capacidad suficiente para hacer ejercicio de esa autoridad de manera efectiva¹¹. La mayoría de estas cortes enfrentan casos difíciles, en que sus jueces no tienen ni los recursos ni la expertise para asegurar un control adecuado¹². Tampoco tienen mucha iniciativa o incentivos para desafiar al sistema del bar en cuestiones que son de gran importancia para los abogados, pero no son de prioridad para el público en general. Los jueces comparten el bagaje y la perspectiva del mundo con esos a quienes dicen regular. Como establecen las teorías sociales, las normas distintivas de un grupo, sus conductas, y su manera de pensar construyen una identidad institucional que moldea la toma de decisiones¹³. Además, la mayoría de los judiciales estatales son elegidos y dependen de los abogados para que los patrocinen y contribuyan en sus campañas¹⁴. Incluso en los estados en los que el Poder Judicial es elegido por un proceso basado en el mérito, el bar, tanto local como estatal, ejerce considerable influencia¹⁵. Los salarios y el presupuesto del poder judicial dependen también del bar, cuyo contacto es fácilmente accesible en conferencias, reuniones anuales y las reuniones sociales de los abogados¹⁶. Por el contrario, los consumidores raramente tienen estas oportunidades para poder acceder a estos espacios de influencia.

Parte del problema es la falta de información y de incentivos que tiene el público para generar un movimiento respecto de lo que ocurre. Pocos votantes están al tanto del rol de del poder judicial en la regulación de la profesión, y ningún grupo fuerte ha intentado hacer este tema

¹⁰ Deborah L. Rhode & David Luban, *Legal Ethics*, p. 983 (5° ed. 2009)

¹¹ Este argumento fue trabajado en trabajos previos, incluyendo Deborah L. Rhode, *Professional Regulation and Public Service: An Unfinished Agenda*, en *The Paradox of Professionalism: Lawyers and the Possibility of Justice*, pp. 153, 161-68 (Scott L. Cummings ed., 2011); Rhode, nota supra 6, pp. 158-65.

¹² Benjamin H. Barton, *An Institutional Analysis of Lawyer Regulation: Who Should Control Lawyer Regulation-courts, Legislatures or the Market?*, 37. *Ga. L. Rev.*, pp. 1167, 1207 (2003)

¹³ Benjamin H. Barton, *The Lawyer-Judge Bias in the American Legal Systems* 133 (2011); Barton nota supra 12, p. 1176; Benjamin H. Barton, *Do Judges Systematically Favor the Interests of the Legal Profession?*, *Ala. L. Rev.*, volumen 59, pp. 453, 456, 459 (2008) [De ahora en más, Barton, *Do Judges Systematically Favor the Interests of the Legal Profession?*].

¹⁴ Barton, nota supra 12, pp. 1187, 1195; Barton, *Do Judges Systematically Favor the Interests of the Legal Profession?*, nota supra 13, p. 458.

¹⁵ Kelly Armitage, *Denial Ain't Just a River in Egypt: A Thorough Review of Judicial Elections, Merit Selection and the Role of State Judges in Society*, *CAP. U. L. REV.*, volumen 29, pp. 625, 656 (2002); Barton, nota supra 12, p. 1199.

¹⁶ BARTON, nota supra 13, p. 133; Barton, *Do Judges Systematically Favor the Interests of the Legal Profession?*, nota supra 13, en 458; Barton, nota supra 12, p. 1200.

relevante en las elecciones judiciales¹⁷. Ayudar a Abolir la Tiranía Legal (Help Abolish Legal Tyranny, HALT), es la única organización nacional pro-consumidor que se enfoca en reformar la profesión legal, y tiene sólo 20.000 miembros¹⁸. Los recursos e influencias que puede tener esta organización no pueden ser comparados a aquellos que tienen las asociaciones del bar que representan aproximadamente a un millón de abogados¹⁹. Tampoco las agencias de protección al consumidor están dispuestas a intervenir para igualar el campo de juego²⁰. Una razón principal es que los clientes individuales y terceros que son más vulnerables a la mala conducta de los abogados no tienen influencia política ni incentivos para exigir una reforma²¹. La mayoría de estas personas utilizan los servicios de los abogados de manera infrecuente. En otros contextos regulatorios, los que más efectivamente han hecho movilizar a los consumidores o han representado sus intereses son los abogados públicos. Pero el éxito de sus esfuerzos ha dependido generalmente del apoyo financiero que reciben y de contribuciones pro-bono del bar privado²². Es difícil de conseguir dicha asistencia cuando la cuestión que buscan defender pone en peligro los intereses del mismo bar²³. Los pocos y esporádicos esfuerzos por lograr una estructura disciplinaria más pública, han avanzado con muy poco apoyo del consumidor y han fracasado cuando enfrentan al bar.²⁴

Como consecuencia, las cortes han delegado el poder de supervisión del día a día a las organizaciones del bar o a comisiones que normalmente son independientes pero que están ciertamente alineadas con los intereses de este. Los abogados pueden apelar las sanciones disciplinarias a las cortes supremas estatales, pero los consumidores no tienen un recurso efectivo para las decisiones o los procesos que no responden a sus intereses. Los procesos de supervisión en su mayoría son reactivos y generalmente responden sólo a reclamos de grave mala conducta profesional o sentencia de condena²⁵. Si bien, casi todas las jurisdicciones tienen reglas éticas que requieren que los abogados reporten las sospechas de mala conducta, estos mandatos son generalmente ignorados y rara vez se cumplen. Solamente el 10% de las quejas a los cuerpos disciplinarios son presentados por los profesionales.²⁶ Sin embargo, a pesar de la notoria poca disposición de los abogados a reportar a sus propios colegas, la encuesta más

¹⁷ Barton, nota supra 12, ep. 1203.

¹⁸ HALT, [http://www.halt.org/about/about-halt/\(lastvisitedApr.21,2012\)](http://www.halt.org/about/about-halt/(lastvisitedApr.21,2012)).^[L]^[S]

¹⁹ La asociación del bar americano tiene cerca de 400.000 miembros. Ver membresía, ABA <http://www.americanbar.org/membership.html> (última vista en abril 21, 2012).^[L]^[S]

²⁰ Ted Schneyer, Thoughts on the Compatibility of Recent U.K. and Australian Reforms with U.S. Traditions in Regulating Law Practice, 2009 J. PROF. LAW., pp. 13, 25.

²¹ Richard Abel, Lawyers on Trial: Understanding Ethical Misconduct 476 (2011); Rhode, nota supra 6, pp. 7–8, 208.

²² Ver Deborah L. Rhode, *Public Interest Law: The Movement at Midlife*, 60 STAN. L. REV. 2074–75 (2008).

²³ La única organización legal de interés público que ha estado involucrada de alguna manera relevante con la profesión legal es Public Citizen, y los recursos que le ha dedicado a esta cuestión son muy limitados. Id, p. 2040.

²⁴ Para debates sobre esfuerzo en California y en Florida, ver ABEL, nota supra 21, y BARTON, nota supra 13, p. 139.

²⁵ Rhode & Luban, nota supra 10, at 982–83; Judith L. Maute, Bar Associations, Self- Regulation, and Consumer Protection: Whither Thou Goest?, 2008 J. PROF. LAW. 53, 61– 65.^[L]^[S]

²⁶ Abel, nota supra 5, p. 502.^[L]^[S]

completa solo encontró cuatro acciones disciplinarias por no informar violaciones éticas en las últimas dos décadas.²⁷

La confianza puesta en que los clientes harán los reclamos lleva a remedios insuficientes. El sistema falla en responder cuando los clientes se benefician de la mala conducta, como en prácticas de litigios abusivos o complicidades fraudulentas, o cuando las víctimas no cuentan con la información o los incentivos de iniciar una denuncia. Los clientes más poderosos muchas veces notan que el retirarle la cuenta al profesional o no pagarles sus honorarios, es un remedio más efectivo que aquellos que están disponibles en el sistema disciplinario. Incluso, los consumidores menos poderosos, que no tienen las mismas posibilidades, consideran que llevar el asunto al bar no produciría una respuesta satisfactoria. Generalmente, están en lo cierto. La mayor parte de los reclamos son desestimados sin investigación porque fallan en demostrar un reclamo plausible; los reclamos restantes, se ven limitados de una respuesta efectiva porque no tienen los recursos adecuados.²⁸ Solo alrededor del 3% de los casos que son llevados a las autoridades disciplinarias resultan en sanciones públicas²⁹. Aún en los casos en los que el bar encuentra una mala praxis significativa, las sanciones son bajas y a los clientes no se les garantiza una compensación adecuada³⁰. A los casos que tratan sobre quejas de menor gravedad, es decir por negligencia o disputas por multas, las autoridades se niegan a tratarlos, porque los litigios por mala conducta son generalmente muy caros y la mayoría de los abogados que son denunciados en esos casos no cuentan con un seguro de responsabilidad civil.³¹ Si bien ha aumentado el número de estados que cuenta con un sistema de resolución de disputas alternativo para estos casos, solo algunos de esos programas son obligatorios y, a los ojos de los clientes no todos son igual de efectivos.³² Muchos de los estados también carecen un sistema efectivo que

²⁷ Ver Lance J. Rogers, *Misconduct: Conference Panelists Call for Clarification of Obligation to Report Peer Misconduct*, p. 23 *LAW. MANUAL PROF. CONDUCT*, p. 297 (2007).

²⁸ Ver Michael S. Frisch, *No Stone Left Unturned: The Failure of Attorney Self- Regulation in the District of Columbia*, 18 *GEO. J. Legal Ethics*, p. 325 (2005); Maute, nota supra 25, pp. 62 n.39, 64–65.

²⁹ Ver Mark J. Fucile, *Law Firm Risk Management by the Numbers*, *PROF. LAW.*, no. 2, volumen 20, 2010, p. 28.

³⁰ Ver Abel, nota supra 5, en 500; Judith A. McMorrow et al., *Judicial Attitudes Toward Confronting Attorney Misconduct: A View from the Reported Decisions*, *Hofstra L. Rev.*, volumen 32, pp. 1425, 1454 (2004). A los cuerpos disciplinarios les ha faltado la autoridad de imponer multas u ordenar daños, aunque pueden ordenar restituciones. Cuando la restitución no es ordenada por el juez o al abogado le faltan no tiene los suficientes recursos para cubrirlos, las víctimas de malas conductas intencionales pueden buscar la compensación de los fondos del seguro de los clientes, pero estos generalmente son insuficientes para cubrir todos los reclamos. Ver Maute, nota supra 25, pp. 65 & nn.43–44; ABA CTR for Prof'l Responsibility Standing Comm. on Client Prot., *Survey of Lawyer's Funds for Clients Protection 2005-2007*, p. 27 (2008) (reflejan que los fondos cubren solo el 10% de los reclamos).

³¹ Se estima que entre el 20 y el 50% de los abogados no tienen un seguro por responsabilidad. Ver Rhode & Luban, nota supra 10, p. 1016.

³² Ver Maute, nota supra 25, p. 62 n.38. Solo nueve Estados tienen arbitraje de honorarios obligatorio. Ver *Fee Arbitration for Attorney Costs*, *LAWYERS.COM*, <http://alternative-dispute-resolution.lawyers.com/arbitration/Fee-Arbitration-for-Attorney-Costs.html>. Para debates sobre él la falta de atención del sistema disciplinario y para tasas de insatisfacción de los clientes, ver RHODE, nota supra 6, en 159, 181; Deborah Rosenthal, *Every Lawyer's Nightmare*, *CAL. LAW.*, Feb. 2002, pp. 23, 24. En el sistema de Oregón, la mayoría de los clientes no estaban satisfechos con la resolución de sus denuncias, a pesar de que no es claro cuanta de esa insatisfacción está relacionada con expectativas irrealistas. Ver *OR. STATE BAR, ANNUAL REPORT OF THE OREGON STATE BAR CLIENT ASSISTANCE OFFICE* (2006).

responda ante causas de violaciones éticas. Los fiscales a menudo reciben retos en vez del entrenamiento y la supervisión necesarios que los ayudaría a evitar problemas en el futuro.³³

El problema se genera por la ausencia de transparencia. La mayoría de las violaciones éticas de los abogados o las inadecuadas respuestas del bar no son visibles al público. Excepto en cuatro estados, las agencias disciplinarias del bar no revelarán la existencia de una queja, a menos que ellos hayan encontrado una violación disciplinaria o una causa probable para creer que ha habido una violación. Hay abogados que, aun teniendo veinte denuncias en curso, han obtenido un registro en blanco al momento en el que un cliente pide información acerca de ellos, y hay casos en los que se necesitaron más de cuarenta y cuatro denuncias durante una década para sacarle la matrícula a un abogado.³⁴ Aun cuando las sanciones son impuestas, la sociedad carece de una forma fácil para descubrirlas. No todos los Estados publican información respecto de las sanciones disciplinarias, y muchos otros no las publican on-line o le dificultan el acceso a esa información a los consumidores³⁵. Dado que la mayor parte de las denuncias no obtienen como resultado sanciones que se hagan públicas, y que tampoco se publican los casos de mala praxis, los consumidores generalmente carecen de un conocimiento cabal del registro de los abogados.

La profesión y el público carecen de información que les permita evaluar la idoneidad de los procesos disciplinarios. Pocos estados publican información respecto de la naturaleza del reclamo, las características de los abogados y las sanciones que les fueron impuestas.³⁶ La falta de transparencia respecto del tratamiento de las denuncias, y la falta de una supervisión proactiva de los abogados corporativos, cuyos clientes raramente presentan quejas, alimenta la suposición de que el sistema disciplinario es tendencioso en contra de las pequeñas firmas, los profesionales autónomos, y las minorías raciales y étnicas.³⁷ Los estudios hasta la fecha no han sido adecuados para evaluar estas cuestiones.³⁸ Tampoco los veinte Estados que tienen programas alternativos publican las estadísticas sobre la efectividad de estos problemas respecto a la prevención de la mala conducta profesional y abordar las preocupaciones de los clientes.³⁹

Una consecuencia del fracaso de la profesión para desarrollar un proceso regulatorio adecuado es que otros han tomado acción y han suplantado o reemplazado la supervisión del bar. Por ejemplo, la complicidad de los abogados en alguno de los mayores escándalos financieros del siglo XXI no llevó a acciones disciplinarias, pero concluyó en un importante cambio en la

³³ Ver Vivian Berger, *Mediation: An Alternative Means of Processing Attorney Disciplinary Complaints*, 16 PROF. LAW. 21, 24 (2005).

³⁴ Ver Leslie C. Levin, *The Case for Less Secrecy in Lawyer Discipline*, GEO. J. LEGAL ETHICS, volumen 20, pp. 1, 2 & nn.9–10 (2007); ver también Rhode, nota *supra* 6, en 160–61.

³⁵ Levin, nota *supra* 34, pp. 20–21; Véase Jaksic, *Attorney Discipline Web Data Uneven*, NAT'L L. J., Sept. 10, 2007, pp. 1, 7.

³⁶ Lynn Mather, *How and Why Do Lawyers Misbehave?*, en THE PARADOX OF PROFESSIONALISM, nota *supra* 11, p. 130.

³⁷ Id. pp. 111, 119. Por ejemplo, casi la mitad de los abogados de Oregón creen que el sistema disciplinario esta parcial, basado en el tamaño de la firma del abogado que está siendo juzgado. Una mayoría de abogados afroamericanos en Illinois cree que la raza juega un rol importante en las decisiones disciplinarias. Pero solo una pequeña minoría de abogados blancos creen que la raza tiene un rol en el proceso disciplinario. Levin, nota *supra* 34, pp. 6–7.

³⁸ Levin, nota *supra* 34, p. 7.

³⁹ Id. pp. 4–6.

legislación.⁴⁰ El congreso requirió que los abogados que asesoraran a las empresas que cotizan en bolsa hagan reportes internos de fraudes potenciales al liderazgo corporativo.⁴¹ Otras agencias federales y estatales impusieron estándares éticos más allá de las reglas que requiere el bar, y los fiscales han llevado a procesos criminales en aquellos casos en los cuales las autoridades disciplinarias no pudieron actuar.⁴² Como John Leubsdorf concluye: “cada vez más reguladores han tratado de regular el bar, y se han vuelto cada vez más reacios a ceder ante las asociaciones del bar o las cortes”.⁴³ Los clientes y las organizaciones comerciales también han entrado en la batalla. Los acuerdos de retención de las grandes compañías han incluido mandatos éticos, las compañías de seguros han insistido en reglas éticas adicionales como condición para la cobertura por mala praxis profesional, y las páginas de internet muchas veces han incluido información sobre el historial disciplinario y/o comentarios de los clientes.⁴⁴

Todavía estas iniciativas no han sido suficientes.⁴⁵ La afirmación de los poderes regulatorios inherentes de las cortes estatales han limitado el espectro global de intervención legislativa y administrativa. Y la ventaja de las compañías de seguro han sido limitadas por el rechazo de todos los bar estatales, excepto por uno, de requerir a los abogados que tengan una cobertura por mala praxis.⁴⁶ Además, en algunas cuestiones, como la supervisión del bar en las malas conductas no profesionales, no ha habido esfuerzos externos para intervenir, a pesar de los problemas inherentes en las actuales aplicaciones de las prácticas.

B. *El alcance indisciplinado de la revisión disciplinaria: mala conducta no profesional*

⁴⁰ Ninguno de los abogados involucrados en Enron enfrentó sanciones de la barra. Barton, nota supra 13, pp. 253–54.^[1]

⁴¹ Ver Deborah L. Rhode & Paul D. Paton, *Lawyers, Enron and Ethics*, en ENRON: CORPORATE FIASCOS AND THEIR IMPLICATIONS 625, 628 (Nancy Rappaport & Bale G. Dharan eds., 2004); Fred C. Zacharias, *The Myth of Self-Regulation*, MINN. L. REV., volumen 93, pp. 1147, 1170 & n.109 (2009).

⁴² Paul F. Rothstein, “Anything You Say May Be Used Against You”: A Proposed Seminar on the Lawyer’s Duty to Warn of Confidentiality’s Limits in Today’s Post-Enron World, FORDHAM L. REV., volumen 76, pp. 1745, 1749 n.16 (2007) (resaltando la tendencia creciente de persecuciones criminales de abogados que están en conexión con los crímenes de sus clientes); Schneyer, nota supra 20, en 16–17 (resaltando el aumento de la regulación por el congreso y las agencias federales); Laurel S. Terry, *The Future Regulation of the Legal Profession: The Impact of Treating the Legal Profession as “Service Providers,”* 2008 J. PROF. LAW. p. 189 (describiendo entidades que regulan a los abogados); Zacharias, nota supra 41, pp. 1169–70 (debatiendo las reglas de las agencias y los procesamientos criminales).

⁴³ John Leubsdorf, *Legal Ethics Falls Apart*, BUFF. L. REV., volumen 57, pp. 959, 961 (2009).

⁴⁴ Para acuerdos con los clientes, ver Christopher J. Whelan & Neta Ziv, *Privatizing Professionalism: Client Control of Lawyers’ Ethics*, FORDHAM L. REV., volumen 80, p. 2577 (2012). Para compañías de seguros, ver Anthony E. Davis, *Professional Liability Insurers as Regulators of Law Practice*, FORDHAM L. REV., volumen 65, p. 209 (1996). Para revisión de los clientes en Avvo, Martindale- Hubbell, y la Asociación del Consejo Corporativo, ver ABEL, *supra* note 21, pp. 474–75.

⁴⁵ Ver Charles W. Wolfram, *Lawyer Turf and Lawyer Regulation: The Role of the Inherent Powers Doctrine*, U. ARK. LITTLE ROCK L. REV., volumen 12, pp. 1, 6–13 (1990); ver también notas *supra* 11–16 y textos que acompañan.

⁴⁶ Solo un estado, Oregón, requiere seguro, y solo cinco otros estados requieren revelar al cliente si no lo tienen. Maute, nota *supra* 25, p. 71.

Más allá de las deficiencias en responder ante malas conductas en la relación abogado cliente, el bar ha sido a menudo estricto en la supervisión de su respuesta a las ofensas criminales que ocurren fuera de ella. Esto no debería ser una sorpresa. Estos casos son relativamente fáciles de perseguir, porque el trabajo duro y difícil ya lo han hecho los fiscales y los infractores a menudo caen en desgracia frente al público y a la profesión. Prácticamente todos los estados tienen una versión de las reglas del modelo ABA sobre la conducta profesional que autoriza acciones disciplinarias por un acto criminal que se muestre contrario a la honestidad, confianza y adecuación de un abogado como tal, o una conducta que implique “deshonestidad, fraude, engaño ,o mala representación” o sea perjudicial a la “administración de justicia”.⁴⁷ Los estándares de ABA identifican once circunstancias agravantes y dieciséis atenuantes que pueden ser relevantes cuando se determinan sanciones,⁴⁸ que permiten respuestas muy variadas frente a ofensas similares, tanto entre distintas jurisdicciones o incluso dentro de una misma jurisdicción.⁴⁹

Parte de la dificultad reside en la ausencia de evidencia que vincula la conducta particular a las justificaciones de las acciones disciplinarias del bar. Las cortes han articulado dos razones para la supervisión profesional de ofensas no profesionales. Una es la protección del público y de la administración de la justicia de futuras violaciones a estándares éticos. La otra es la preservación de la confianza popular en la integridad de los abogados y el sistema legal. En principio, no parecen ser controversiales; pero en la práctica, ambas han demostrado ser problemáticas.

La lógica de la protección del público asume que esos que rompen las reglas en ámbitos no profesionales suelen hacerlo también en el ámbito profesional. Sin embargo, un amplio rango de investigación psicológica deja en claro que la toma de decisiones éticas es altamente situacional, y que depende de presiones y limitaciones circunstanciales ⁵⁰. Excepto en casos extremos, los esfuerzos para predecir deshonestidades desvíos u otras malas conductas basadas en actos anteriores son muy imprecisos, incluso para los psicólogos o psiquiatras y otros expertos de la salud mental.⁵¹ Es muy difícil que los jueces o los oficiales disciplinarios que no han sido entrenados puedan hacerlo mejor que los anteriores, particularmente cuando los factores que contribuyen a la mala conducta no profesional difiere ampliamente de aquellos que se encuentran en las relaciones abogado-cliente. Pero muchos de las personas que deben tomar decisiones no discernen entre las circunstancias que distingue la mala conducta profesional de la no profesional.

⁴⁷ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 8.4(b)–(d) (2011).

⁴⁸ ABA, estándares para imponer sanciones a los abogados 26–28 (2005), disponible en http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/cpr/regulation/standards_sanctions.authcheckdam.pdf.

⁴⁹ Ver notas *infra* 52–64 y los textos que las acompañan.

⁵⁰ Ver John M. Doris, *Lack of Characters* (2002); Philip Zimbardo, *The Lucifer Effect: Understanding How Good People Turn Evil*, (2007); Gilbert Harman, *Moral Philosophy Meets Social Psychology: Virtue Ethics and the Fundamental Attribution Error*, *PROC. ARISTOTELIAN SOC'Y*, volumen 99, p. 315 (1999); Walter Mischel & Yuichi Shoda, *A Cognitive-Affective System Theory of Personality: Reconceptualizing Situations, Dispositions, Dynamics, and Invariance in Personality Structure*, *PSYCHOL. REV.*, volumen 102, p. 246 (1995); Deborah L. Rhode, *Moral Character as a Professional Credential*, *YALE L.J.*, volumen 94, pp. 491, 557–59 (1985); Alice Woolley, *Tending the Bar: The “Good Character” Requirement for Law Society Admission*, *DALHOUSIE L.J.*, volumen 30, p. 27 (2007).

⁵¹ Ver Rhode, nota *supra* 50, pp. 558–59 (fuentes citadas).

Un caso particular involucra a Laura Beth Lamb. Atrapada en un matrimonio abusivo, Lamb perdió su licencia para ejercer derecho por diez años luego de haber rendido el examen del bar en lugar de su marido.⁵² Al momento del examen, ella estaba embarazada de siete meses y sufría complicaciones debido a su diabetes crónica. Su marido, quien anteriormente había reprobado el examen dos veces, tenía brotes de ira y depresión durante los cuales le arrojaba objetos, y la amenazaba con matarla a ella y a su hijo por nacer si no rendía el examen por él. Ella lo aceptó, se disfrazó como su marido y obtuvo la novena nota más alta por sobre siete mil personas. Luego de que una nota anónima revelara lo que había sucedido ante el bar estatal, ella declaró ser culpable del delito que le acusaban. Lamb recibió una multa de USD2.500, libertad condicional y doscientas horas de servicio comunitario. Fue despedida de su trabajo y tomó un puesto como secretaria legal. Se divorció de su marido y recibió tratamientos psicológicos. A pesar de la conclusión de su terapeuta según la cual “no sería posible que Lamb hiciera algo remotamente parecido nuevamente” la suprema corte de California decidió que sus actos eran de gravedad excepcional y merecían su desmatriculación.⁵³ Según la corte las “presiones legales, éticas y morales de la práctica diaria vienen en diferentes formas. Además de la avaricia y auto agrandamiento, también se debe incluir el sincero pero equivocado deseo de complacer a un cliente persuasivo o dominante...”⁵⁴. Sin embargo, que la corte iguale la presión de un cliente insistente a la presión de un cónyuge abusivo y mentalmente inestable, sugiere una profunda insensibilidad a las amenazas de agresiones físicas que recibió la mujer embarazada.⁵⁵

En un caso reciente de Massachusetts, a otra víctima de violencia doméstica le suspendieron su licencia por una conducta poco probable que se repita en cualquier ámbito profesional.⁵⁶ Fawn Balliro, una asistente del fiscal estatal fue atacada en Tennessee por un hombre con quien ella estaba involucrada sentimentalmente. Un vecino alertó a la policía. Lo que llevó a presentar cargos por delitos menores. El acusado presionó a Balliro para que abandone la denuncia porque él se encontraba en libertad condicional por delitos de droga y nadie podría cuidar de sus dos hijas menores si era declarado culpable. Balliro no logró evitar el juicio, y cuando fue llamada como testigo, declaró falsamente que sus heridas sucedieron en una caída. El caso fue desistido, pero el fiscal de Tennessee informó a la oficina del fiscal estatal de Massachusetts respecto del supuesto perjurio. La oficina puso a Balliro en licencia hasta que ella aceptó ir a un consejero y reportar su conducta a las autoridades disciplinarias. Cuando lo hizo, el bar recomendó un reprimenda pública, basado parcialmente en el testimonio psicológico que decía que era poco probable que cometiera un acto así nuevamente.⁵⁷ De todas maneras, la corte suprema de Massachusetts concluyó que el falso testimonio bajo juramento no podía ser justificado, “independientemente de las circunstancias”, y fue suspendida durante seis meses.⁵⁸ Al dictaminar de esta manera, la corte observó la inequidad percibida al darle a ella una pena

⁵² *In re Lamb*, 776 P. 2d 765 (Cal. 1989).

⁵³ *Id.* pp. 767–68.^[L]^[S]

⁵⁴ *Id.* pp. 769.^[L]^[S]

⁵⁵ Ver PAN-AM. HEALTH ORG., *Violencia domestica durante el embarazo*, pp. 1–2 (2000),

Disponibile en http://www.planetwire.org/files.fcgi/2368_violencepregnancy.PDF; Loraine Bacchus et al., *Domestic Violence: Prevalence in Pregnant Women and Associations with Physical and Psychological Health*, EUR. J. OBSTETRICS & GYNECOLOGY & REPRODUCTIVE BIOLOGY, volumen 113, p. 6, 6 (2004).

⁵⁶ *In re Balliro*, 899 N.E. 2d 794, 805 (Mass.2009).^[L]^[S]

⁵⁷ *Id.* pp. 796–98.^[L]^[S]

⁵⁸ *Id.* p. 804.^[L]^[S]

mayor a otra previamente impuesta a un abogado que había atacado a su mujer. Sin embargo, a los ojos de la justicia mentir bajo juramento es una ofensa mayor, a pesar de los circunstancias atenuantes.⁵⁹

En la mayoría de las decisiones publicadas que involucran conductas no profesionales, las cortes ni siquiera se molestan en considerar la probabilidad de sus implicancias en las relaciones profesionales. Basta con que la conducta amenace la reputación de la profesión. Un ejemplo representativo involucra a Albert Boudreau, un abogado de Luisiana condenado por importar revistas y videos de pornografía infantil.⁶⁰ Boudreau compro los ítems en los Países Bajos, donde las revistas eran legales y los modelos tenían la edad legal para ser fotografiados en esas condiciones. De todas maneras, según las definiciones americanas, eran menores de edad.⁶¹ La corte suprema de Luisiana estuvo de acuerdo con la comisión disciplinaria respecto a que los actos constituían una “mancha sobre la profesión legal” reflejada claramente en “la aptitud moral del abogado para practicar la ley”.⁶² A pesar de no tener otros registros disciplinarios u otra relación entre la conducta profesional y personal, la corte ordenó quitarle su licencia.⁶³

Si el objetivo de estas sanciones es asegurar la confianza pública, seguramente una mejor estrategia sería hacer un proceso de supervisión mucho más enfocado a la mala conducta profesional y menos idiosincrático en los casos conductas no profesionales. El respeto por el bar disciplinario apenas puede agrandarse cuando los abogados culpables de dichas ofensas reciben un trato tan diferente, y el foco es la reputación profesional antes que la protección pública. Las sanciones por las ofensas de drogas, evasión de impuestos y violencia domestica varían entre reprimendas a des matriculación, y quienes toman la decisión usualmente están en desacuerdo sobre la respuesta apropiada a cada caso.⁶⁴ Como el ex juez de la Suprema Corte de Justicia Robert H. Jackson notó en un contexto relacionado, un estándar como la indecencia moral, que permite convertir las decisiones en reacciones de “jueces particulares a ofensas particulares” invita a caprichos y clichés⁶⁵. Verdaderamente una profesión preocupada sobre su legitimidad de su propia regulación debería aspirar a hacer las cosas mejor.

⁵⁹ Id. pp. 804–05 (citado in re Grella, 777 N.E. 2d 167 (Mass.2002)).

⁶⁰ In re Boudreau, 815 So. 2d 76, 76 (La.2002).

⁶¹ Id. p.78.^[1]^[2]^[3]

⁶² Id. p. 78–79.^[1]^[2]^[3]

⁶³ Id. pp. 79–80.

⁶⁴ Para drogas, ver Florida Bar v. Liberman, 43 So. 3d 36, 37 (Fla. 2010) (le quitaron la licencia por abastecer a los amigos pequeñas cantidades de metanfetamina y extasis); In re-Lewis, 651 S.E.2d 729, 730 (Ga. 2007) (dos años de suspensión por posesión de cocaína); In re Vegter, 835 N.E.2d 494 (Ind. 2005) (reprimendas publicas por posesión de marihuana); State ex rel. Okla. Bar Ass'n v. Smith, 246 P.3d 1090, 1095 (Okla. 2011) (censura publica y un año de suspensión); Brian K. Pinaire et al., Barred from the Bar: The Process, Politics, and Policy Implications of Discipline for Attorney Felony Offenders, VA. J. SOC. POL'Y & L., volumen 13, pp. 290, 319 (2006). Para evasión de impuestos, ver Pinaire et al., supra, at 319; Tax Evasion Aggravated by High Lifestyle Nets Year-Long Suspension for Two Lawyers, LAW. MANUAL PROF. CONDUCT, volumen 26, p. 14 (2010). Para violencia domestica, ver Ignacio G. Camarena II, Comment, Domestically Violent Attorneys: Resuscitating and Transforming a Dusty, Old Punitive Approach to Attorney Discipline into a Viable Prescription for Rehabilitation, GOLDEN GATE U. L. REV., volumen 31, pp. 155, 173 (2001). Para una ilustración de desacuerdos de los mismos hechos, In re Lever, 869 N.Y.S.2d 523, 524, 528 (App. Div. 2008), el cual incluye a un asociado que uso su computadora del trabajo para solicitar sexo pretendiendo ser una mujer de 35 años. El referee recomendó una suspensión de seis meses; la corte le impuso una suspensión de tres años y dos jueces votaron dos inhabilitarlo.

⁶⁵ Jordan v. DeGeorge, 341 U.S. 223, 239 (1951) (disidencia de Jackson,J.).

II. THE CANADIAN DISCIPLINARY SYSTEM

A. *Visión General y Críticas*

Las sociedades de derecho provincial son quienes regulan el Derecho Canadiense. Estas agencias administrativas, como agencias administrativas independientes que ejercen la jurisdicción otorgada por ley, estas sociedades determinan los estándares de admisión y disciplina⁶⁶, también investigan y sancionan la mala conducta de un abogado. Las sociedades de derecho ejercen varios poderes regulatorios, como el de exigir educación legal continua, realizar auditorías, establecer reglas contables de confianza y gobernar los planes de seguro a los que los abogados canadienses deben pertenecer. Algo inusual para una agencia administrativa independiente canadiense, es que las sociedades de derecho también tienen autoridad para reglamentar⁶⁷.

Los estatutos que rigen a las sociedades de derecho tienden a “defender y proteger el interés público en la administración de justicia”; muchos también piden que se “mantenga y protejan los intereses de (los) miembros”.⁶⁸ Los “*Benchers*” son elegidos por miembros de la profesión y son quienes gobiernan las sociedades de derecho, junto con un pequeño número de “*Lay Benchers*”.⁶⁹ Las decisiones disciplinarias – sobre si una mala conducta ocurrió y sobre cuál sería la sanción apropiada – son realizadas por un panel de “*Benchers*”. Por lo general no son pagos⁷⁰.

En los últimos años, las sociedades de derecho hicieron crecer sus esfuerzos para trabajar juntas en la adopción nacional de estrategias en cuestiones de ética y conducta profesional. La Federación de Sociedades de Derecho (Federación), una organización estilo paraguas, con representantes de cada una de las ramas del derecho, ha emprendido iniciativas para requerir la acreditación de las escuelas canadienses de derecho consuetudinario, facilitar la movilidad de

⁶⁶ Ver Ej: Legal Profession Act, R.S.A. 2000, c L-8 (Can.); Legal Profession Act, S.B.C. 1998, c. 9 (Can.); Law Society Act, R.S.O. 1990, c. L.8 (Can.); Professional Code, R.S.Q., c. C-26 (Can.).

⁶⁷ Ver Legal Profession Act, S.S. 1990, c. L-10.1, s. 10 (Can.); Ley de profesiones jurídicas, S.N.S. 2004, c. 28, s. 5 (8) (Can.).

⁶⁸ Ver por ejemplo, Legal Profession Act, S.B.C. 1998, c. 9, s. 3 (Can.). En Columbia Británica, el poder de actuar en interés de la profesión está subordinado al interés público. Carné de identidad. Ese no es el caso en algunas de las otras provincias. Por ejemplo, la Law Society de Alberta tiene el poder de sancionar cualquier conducta que perjudique la reputación de la profesión. Ver Ley de Profesión Legal, R.S.A. 2000, c. L-8, s. 49 (Can.).

⁶⁹ En Alberta, el poder de nombrar recae en el Ministro de Justicia. Ver Ley de Profesión Legal, R.S.A. 2000, c. L-8, s. 11 (Can.). En Ontario, es el Vicegobernador en Consejo. Law Society Act, R.S.O. 1990, c. L-8, s. 1 (lata.).

⁷⁰ La excepción a esto es Ontario, donde los benchers son compensados en algunas circunstancias

los abogados entre las provincias y desarrollar un código de conducta nacional⁷¹. Aunque las iniciativas de acreditación y del Código Nacional todavía siguen en curso, es probable que tengan éxito⁷². Ni las sociedades de derecho ni la Federación emprenden actividades de cabildeo o similares; la representación y la defensa de la profesión son cuestiones que deben resolver el Colegio de Abogados de Canadá.

Esta estructura da al Colegio de Abogados de Canadá una autonomía considerable, de hecho, Canadá parece ser el último bastión de autorregulación sin trabas de la profesión legal en el mundo del common law, dado que Australia, Nueva Zelanda, Inglaterra y Gales, y otros países del common law han incrementado significativamente el rol de los no-abogados en la regulación de la profesión, y en Estados Unidos los tribunales disciplinarios siempre se encontraron involucrados en el proceso disciplinario⁷³. Las cortes canadienses ejercen una autoridad regulatoria limitada sobre abogados a través de su jurisdicción inherente para así controlar sus propios procesos. Esa autoridad incluye la imposición de costas personales a los abogados por sus conductas no éticas, en casos de conflictos y privilegios establecer la ley, y de otras formas controlar la conducta de la litigación ante la corte⁷⁴. Esta autoridad judicial es distinta, sin embargo, del poder de las sociedades de derecho, y es sujeto a significativas limitaciones. Los tribunales no pueden suspender o inhabilitar a los abogados, no pueden imponer consecuencias por patrones de conducta y no pueden sancionar conductas que ocurran fuera del contexto del litigio⁷⁵. Aunque otros organismos reguladores -como las comisiones de valores- tienen el poder de imponer requisitos de práctica, esta autoridad todavía ha tenido poco impacto sustancial en las obligaciones éticas y legales de los abogados canadienses⁷⁶.

Al igual que sus contrapartes estadounidenses, las sociedades de derecho canadienses han sido objeto de críticas significativas. Harry Arthur caracteriza la regulación del abogado canadiense como una "economía ética", en la que las sociedades de derecho centran la atención disciplinaria en los miembros marginales de la profesión que se han involucrado en una conducta obviamente inmoral o que han violado los requisitos reglamentarios impuestos por las sociedades de derecho. Arthurs sugiere que la disciplina de la sociedad de derecho "refleja una tendencia a asignar sus escasos recursos de tiempo del personal, credibilidad pública y consenso político interno a aquellos problemas disciplinarios cuya resolución proporciona los mayores

⁷¹ Ver *Iniciativas Regulatorias Nacionales*, FED'N L. SOC'YS CAN., [Http://www.flsc.ca/en/national-standards/](http://www.flsc.ca/en/national-standards/) (visitado por última vez el 21 de abril de 2012).

⁷² El programa de acreditación es relativamente modesto en comparación con el sistema de EE. UU., Y muchas provincias están revisando el código antes de su adopción.

⁷³ Ver Alice Woolley, *Understanding Lawyers Ethics In Canada* 4,4–9 (2011).

⁷⁴ Véase, por ejemplo, *R. V. Neil*, [2002] 3 S.C.R. 631 (Can.) (Estableciendo una regla para el deber de lealtad); *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 45 (Can.) (Establecer una regla para el privilegio de abogado-cliente); *Walsh v. 1124660 Ontario Ltd.*, [2002] O.J. No. 4069, 116 A.C.W.S. (3d) 755 (Can. Ont. S.C.J.) (imponer costos de litigio al abogado demandado); *MacIntyre v. Dickie*, [1996] O.J. No. 1336 (Can. Ont. Gen. Div.) (Imponer costos de descubrimiento al abogado demandado); WOOLLEY, *supra* nota 73, caps. 5, 8; Adam M. Dodek, *La Excepción de Seguridad Pública al Abogado-Cliente Privilege: Smith v. Jones*, 34 U. BRIT. COLUM. L. REV. 293, 293 - 94 (2001).

⁷⁵ The exception is the taxation power—any lawyer account can be taxed, whether related to litigation.

⁷⁶ See, e.g., *Wilder v. Ontario Sec. Comm'n*, [2001] O.J. No. 1017, 53 O.R. (3d) 519 (Can. Ont. C.A.).

rendimientos a la profesión con el menor riesgo de consecuencias adversas⁷⁷. Los casos de disciplina de alta recompensa son aquellos en los que se mejora la “buena voluntad pública o la solidaridad profesional”, los casos de disciplina de alto riesgo son aquellos que los disminuyen⁷⁸.

Arthurs nota que la mayoría de los abogados que quedan inhabilitados son culpables de apropiación de los fondos de los clientes, o de otros errores obvios, o que se han mostrado ellos mismos como incapaces de respetar la autoridad de la sociedad de derecho; muy pocos abogados son disciplinados por incompetencia o por otros tipos ambiguos de inconducta profesional⁷⁹. Además, las sanciones disciplinarias tienen a apuntar de manera desproporcionada a los abogados que practican de forma individual o en pequeñas asociaciones. Esto se debe en parte a que ellos suelen entrar en mayores riesgos dentro de la práctica (como traspasos), o carecen del “apoyo y soporte del colegio de abogados”, pero también, y más perturbador, puede ser porque ellos se encuentran al margen de la profesión en términos de poder y estatus⁸⁰. Una revisión de las decisiones de la sociedad de derecho confirma la caracterización de Arthurs. En el 2009, por ejemplo, la mayoría de los abogados fueron sancionados por conductas inmorales obvias o por desafiar a la autoridad reguladora de las sociedades de derecho, y la mayoría de los abogados que fueron llevados ante las sociedades de derecho practicaban la profesión solos o en pequeñas firmas con menos de diez socios cada una⁸¹.

Otras críticas a las sociedades de derecho identifican una amplia gama de fracasos. Entre estos se incluye: una ineficiente regulación de la competencia, una falta de estándares de desempeño para los abogados que realizan tareas particulares, una falta de regulación adecuada (o de regulación alguna) en las firmas de abogados; respuestas insuficientes a las situaciones no éticas; falta de atención a la falta de igualdad para acceder a la justicia; la preocupación excesiva por la reputación profesional; y el mal manejo de ciertos casos específicos⁸² Luego de citar diez

⁷⁷ Harry W. Arthurs, *Why Canadian Law Schools Do Not Teach Legal Ethics*, in *ETHICAL CHALLENGES TO LEGAL EDUCATION AND CONDUCT*, pp. 105, 112 (Kim Economides et al. eds., 1998) [de ahora en más, Arthurs, *Canadian Law Schools*]; see also Harry W. Arthurs et al., *Canadian Lawyers: A Peculiar Professionalism*, en *LAWYERS IN SOCIETY: THE COMMON LAW WORLD*, pp. 123–85 (Richard L. Abel & Philip S.C. Lewis eds., 1988); H.W. Arthurs, *The Dead Parrot: Does Professional Self-Regulation Exhibit Vital Signs?*, *ALTA. L. REV.*, volumen 33, pp. 800, 801–02 (1995).

⁷⁸ Arthurs, *Canadian Law Schools*, *supra* nota 77, p.112.

⁷⁹ *Id.* p.113.

⁸⁰ *Id.* p.115.

⁸¹ Ver Alice Woolley, *Regulation in Practice*, *LEGAL ETHICS*, volumen 15 (próximamente 2012), disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1976090.

⁸² Richard F. Devlin y Porter Heffernan, *The End(s) of Self-Regulation?*, *ALTA. L. REV.*, volumen 45, p. 169 (2008); Adam M. Dodek, *Regulating Large Law Firms* (próximamente 2012), disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1984635; Gavin MacKenzie, *Regulating Lawyer Competence and Quality of Service*, *ALTA. L. REV.*, volumen 45, 150 (2008); Michael Trebilcock, *Regulating the Market for Legal Services*, *ALTA. L. REV.*, volumen 45, pp. 215, 224 (2008); Alice Woolley, *Ethics as Regulation: A commentary on Merchant v. Law Society de Saskatchewan*, *SASK. L. REV.*, volumen 72, pp. 279, 290-92 (2009) [en lo sucesivo, Woolley, *La ética como reglamento*]; Alice Woolley, *Time for Change: Unethical Hourly Billing in the Canadian Profession and What Should Be*

fallas en las respuestas de las sociedades de derecho en problemas tales como la divulgación de daños financieros inminentes, competencia, relaciones sexuales entre abogados y clientes, educación legal continua, honorarios, pro bono y autorregulación, Richard Dalin y Porter Hefferman observaron:

Nuestro punto... no es el de inmediatamente proclamar un “error regulatorio” o el de sugerir que la autorregulación es irremediablemente insalvable. Sino que nuestro propósito es el de indicar que la complacencia canadiense actual (sobre la regulación de los abogados) es injustificada. En todos los niveles del régimen regulatorio – establecimiento de estándares, monitoreo de conductas y aplicación de penalidades – parece que hay serios problemas, que requieren que nos preguntemos si la autorregulación es realmente parte del interés público⁸³.

B. Una Estructura Defectuosa

Muchas de las razones para la limitada efectividad del régimen regulatorio canadiense coinciden con los identificados en el sistema americano. La barrera más importante para la supervisión efectiva de los colegios de abogados surge de la propia estructura regulatoria. Un sistema basado en la provincia tiene una capacidad limitada de acceder a las economías de escala. Mientras que la sociedad de derecho de Ontario puede obtener recursos (financieros y personales) de unos 30.000 miembros, la sociedad de derecho de Saskatchewan puede obtener solo de 1.500, sin embargo, se espera que ambas sociedades ofrezcan un amplio marco regulatorio y que respondan a todas las formas de mala conducta de los abogados⁸⁴. Incluso en las grandes provincias de Ontario y Quebec, los recursos disponibles pueden ser insuficientes para satisfacer las necesidades regulatorias. Las sociedades de derecho tienen la amplia y compleja tarea de formular y aplicar las políticas regulatorias. Sin embargo, estas sociedades dependen de las cuotas de los miembros para financiar los servicios y del tiempo (voluntario en mayoría) de los abogados para implementar así la agenda regulatoria⁸⁵.

Ninguna otra área de actividad económica compleja en Canadá depende tanto de la regulación a través de los esfuerzos voluntarios y el apoyo financiero del grupo regulado. No es sorprendente que el sistema se quede corto.

Estos problemas se van agravando por una estructura regulatoria altamente autónoma. Es muy posible que cualquier estructura regulatoria de abogados sea vulnerable a ser capturada por sus

Done About It, CAN. B. REV., volumen 83, pp. 859, 860 - 61 (2004) [en lo sucesivo, Woolley, Time for Change]; Woolley, *supra* nota 2, pp. 107-41.

⁸³ Devlin y Heffernan, *supra* nota 82, p. 182.

⁸⁴ Saskatchewan tuvo que abordar los escándalos de ética jurídica más conocidos de los últimos quince años en Canadá: la solicitud de clientes y abusos de tarifas por parte de Anthony Merchant en relación con el litigio de las escuelas residenciales indias. Carné de identidad. Pp. 176-77.

⁸⁵ Como se señaló anteriormente, en la mayoría de las provincias, los becarios no reciben compensación; en Ontario, se les paga una vez que su compromiso de tiempo alcanza cierto nivel.

sujetos al menos en algunos asuntos⁸⁶. En el sistema canadiense, sin embargo, ninguna captura es necesaria. Los abogados controlan todos los aspectos del proceso de gobierno y tienen la autoridad estatutaria para regular en base a sus propios intereses. Ninguna fuerza compensatoria tiene una voz significativa. No se requiere una elaborada teoría de la conspiración para sugerir que tal estructura regulatoria probablemente privilegie los intereses profesionales sobre los públicos, y para enfocar la atención en contextos donde esos intereses se alinean: clara conducta moral inapropiada por parte de los miembros menos poderosos del tribunal.

Al igual que en los Estados Unidos, los consumidores en Canadá no se han organizado de manera efectiva para exigir un proceso de supervisión más eficaz. A pesar de las críticas generalizadas de los expertos, el público no ha expresado casi ninguna preocupación comparable. Incluso los eventos que parecen atraer más publicidad negativa, como la exposición de una relación sexual entre el director de la Sociedad de derecho de la Alta Canadá (Ontario) y un cliente vulnerable, o la condena del presidente de la escuela de derecho de Columbia Británica, en los cargos relacionados con el manejo en estado de ebriedad han atraído relativamente poca atención pública y no hay ninguna sugerencia de que esos eventos demuestren una falla regulatoria⁸⁷. Sin embargo, no hay evidencia que indique que indique que el punto de vista público sobre los abogados sea más positivo en Canadá o en otras naciones, cualquier desencanto con la profesión no ha generado activismo ni un llamado al cambio.

La falta del compromiso de los consumidores puede tener múltiples causas, incluida la difusión de regulación a través de las provincias; la ausencia de un rol promimente de la historia o en la vida pública canadiense y la poca accesibilidad a la información sobre la mala conducta de los abogados y las fallas regulatorias. La mayoría de las decisiones de las sociedades disciplinarias se encuentran disponibles públicamente en CanLII y, además, cada sociedad de derecho provee estadísticas en sus reportes anuales sobre el número de miembros activos e inactivos en la provincia, el número de quejas y la imposición de sanciones serias⁸⁸. Sin embargo, no hay información pública disponible en quejas que no llegan a ser sancionadas, o sobre el número de quejas que cada abogado recibió. Aunque las sociedades de derecho emiten opiniones éticas a los abogados que las solicitan, las decisiones no están disponibles para otros profesionales de ninguna forma fácilmente accesible.

Por sobre todo esto, la jurisdicción limitada de las sociedades de derecho deja a muchas partes perjudicadas sin un recurso efectivo. Aunque las sociedades de derecho normalmente responden a asuntos disciplinarios solo cuando se les informa mediante denuncias, generalmente realizadas

⁸⁶ Duncan Webb, *Are Lawyers Regulatable?*, ALTA. L. REV., volumen 45, pp. 233, 253 (2008).

⁸⁷ Law Soc 'y of Upper Can.v.Hunter, 2007ONLSHP27 (CanLII); LawSoc'yofB.C. v. Berge, 2005 L.S.B.C. 28 (CanLII).

⁸⁸ Ver CANLII, <http://www.canlii.org>; ver también, por ejemplo, LA LEY SOC'Y OF ALTA., INFORME ANUAL DE RESPONSABILIDAD (2009), disponible en http://www.lawsociety.ab.ca/files/financial/Annual_Report_2009.pdf.

por clientes; estas sociedades no pueden proporcionar una compensación efectiva⁸⁹. La ausencia de dichos recursos disminuye los incentivos de las partes para quejarse y, a su vez, también disminuye las oportunidades de los profesionales para responder. Otro problema es el fracaso de los académicos y las facultades de derecho canadienses en convertir las responsabilidades éticas y normativas de los abogados en un área principal de preocupación. En muchas escuelas de derecho canadienses, la ética legal no ha sido un curso obligatorio.

A pesar de las recientes mejoras, solo un puñado de académicos jurídicos canadienses trabajan principalmente en el área de la ética jurídica, y solo un poco más han escrito sobre el tema⁹⁰. Esta ausencia de interés académico restringe la información disponible para el público sobre los problemas en los problemas bajo supervisión.

Esto no es para impugnar los esfuerzos de buena fe de las sociedades de derecho para cumplir con sus responsabilidades regulatorias. Pero es para subrayar las limitaciones estructurales y de recursos que mantienen esos esfuerzos enfocados en mala conducta atroz o fácilmente probada, y que dejan muchos problemas sin resolver. La competencia, el asesoramiento, los honorarios, la conducta procesal y la abogacía en grandes empresas a menudo quedan fuera de la supervisión de la sociedad de derecho.

C. *Carácter Regulatorio*

Aunque gran parte de la conducta profesional de los abogados continúa aislada de la atención regulatoria, la conducta personal de ellos es un enfoque común de la disciplina del bar. Las sociedades de derecho no titubean al momento de sancionar a abogados que son condenados por

⁸⁹ En ocasiones, las sociedades de derecho descubren una conducta indebida financiera a través del proceso de auditoría. Además, la Sociedad de Derecho de Upper Canada ha introducido un proceso para que los jueces presenten quejas sobre abogados que darán lugar a tutorías más que a procedimientos disciplinarios. Este proceso está diseñado para garantizar que los jueces no dejen de informar a los abogados debido a la preocupación de que las sanciones sean demasiado severas. Ver Carta de Malcolm L. Heins, CEO, Law Soc'y de Upper Can., A la Honorable Señora Justice Heather Forster Smith, Juez Presidente de la Corte Superior de Justicia (31 de marzo de 2010), http://www.lsuc.on.ca/media/mar3110_scj_protocol.pdf. Al igual que en los Estados Unidos, los abogados tienen la obligación ética de informar la mala conducta de otros abogados, pero esta obligación generalmente no se cumple, y los abogados que sí se quejan de otros abogados pueden ser percibidos por razones estratégicas o tácticas. La Law Society of Upper Canada tiene cierta capacidad para ordenar a los abogados que paguen tarifas a un cliente o contribuyan a un fondo de compensación general. Ver Law Society Act, R.S.O. 1990, c. L.8, partes 13 y 14 (Can.). Algunas sociedades legales llevarán a cabo un arbitraje de honorarios entre abogados y clientes. Ver, por ejemplo, LEY SOC'Y OF MAN., PREOCUPACIONES SOBRE SU ABOGADO, <http://www.lawsociety.mb.ca/for-the-public/concerns-about-your-lawyer#fees> (última visita el 21 de abril), 2012).

⁹⁰ Véase, por ejemplo, Adam M. Dodek, *Canadian Legal Ethics: A Subject in Search of Scholarship*, U. TORONTO L.J., volumen 50, p. 115 (2000). Para las mejoras, vea Adam M. Dodek, *Ética Legal Canadiense: Listo para el Siglo XXI al fin*, OSGOODE HALL L.J., volumen 46, p. 1 (2008). Más eruditos enseñan en el área que escribir en él. Con el nuevo requisito de la Federación de Sociedades de Derecho de que todas las facultades de derecho consuetudinario enseñen la ética jurídica, es posible que, como sucedió tras el requisito de la ABA de un curso de derecho obligatorio, la ética jurídica se convierta en un área más activa de estudios jurídicos.

crímenes no relacionado a la práctica legal, incluso cuando no hay razones para creer que estos abogados hayan cometido algún tipo de falta profesional o estén en riesgo de realizarlo.

Como en los Estados Unidos, esta disposición puede ser parcialmente atribuible a la falta de evidencia y a el carácter moralmente desagradable de la mala conducta del abogado⁹¹. Y, como se mostró anteriormente, muchas sociedades de derecho tienen autoridad expresa para regular los intereses de la profesión, lo que incluye mantener la reputación de los abogados ante el público.⁹²

En un caso reciente, la sociedad de derecho de la Alta Canadá (Ontario) consideró la conducta de un abogado especializado en energía, que había sido condenado por la explotación sexual de dos niñas de entre quince y dieciocho años. El abogado era un amigo de la familia de estas niñas, las relaciones eran consensuadas, y las niñas mantenían una actitud positiva hacia este abogado, incluso después de su condena criminal.⁹³ De acuerdo con el juez del juicio, ellas no eran “verdaderas víctimas” en el sentido ordinario de la palabra” y “no fueron afectadas seriamente por su relación con el acusado”.⁹⁴ Sin embargo, el juez del juicio, sentencio al abogado a una condena de cárcel corta basada en su abuso de confianza. En los procesos disciplinarios, un experto testifica que el abogado tenía muy poca posibilidad de reincidir; no había evidencia que sugiriera una falta de conducta del abogado durante su práctica profesional.⁹⁵ Una de las niñas escribió una carta donde expresaba su apoyo y simpatía hacia el abogado. Sin embargo, la sociedad de derecho revocó su licencia para ejercer basándose en la seriedad del abuso de confianza, la necesidad de evitar conductas similares y la importancia de asegurar una confianza pública en la profesión de los abogados. La sociedad declaró:

El problema de la prevención general es un importante factor en sí mismo, pero también tiene una conexión con el mantenimiento de la integridad de los abogados en público... Desde nuestro punto de vista, la prevención general de los abogados de participar un comportamiento de explotación

⁹¹ La condena penal prueba el caso, y el abogado no tiene derecho a volver a discutirlo en un entorno diferente. *Toronto v. Canadian Union of Pub. Emps., Local 79*, [2003] S.C.R. 77 (Can.).

⁹² Véase, por ejemplo, *Legal Professions Act*, R.S.A. 2000, c. L-8, s. 49 (1) (Can.) (Que define el poder de la Law Society para disciplinar las cuestiones ya sea que ocurran dentro de la práctica del abogado o no, y ya sea en el mejor interés del público o de la profesión). En Ontario, la Regla 1.02 de las Reglas de Conducta Profesional define “conducta impropia” como conducta “en la capacidad personal o privada de un abogado, que tiende a desacreditar a la profesión legal”. *LEY SOC’Y OF UPPER CAN., REGLAS DE PROF. L CONDUCT 1* (2000). Para ejemplos de confianza en la protección de la reputación de la profesión, vea *Law Soc’y of Man. v. Dolovich*, 2010 MBLS 11 (CanLII); *Law Soc’y de Upper Can. v. Horgan*, [2010] L.S.D.D. No. 14, párrs. 14-15 (Can.); *Law Soc’y de B.C. v. Berge*, 2005 LSBC 28, párrs. 83-87 (CanLII); *Law Soc’y de B.C. v. Rodgers*, 2005 LSBC 42, párr. 9 (CanLII); *Law Soc’y de Upper Can. v. Mills*, 2005 ONLSHP 5, párr. 30 (CanLII); *Law Soc’y de Upper Can. v. Johnston*, [2003] L.S.D.D. No. 21, párr. 37 (Can.); *Ley Soc’y del Hombre. v. Bjornson*, [1996] L.S.D.D. No. 258 (Can.); *Law Soc’y de Upper Can. v. Morra*, [1995] L.S.D.D. No. 171, párr. 26 (Can.).

⁹³ *Law Soc’y of Upper Can. v. Budd*, [2009] L.S.D.D. No. 141, para. 6 (Can.).

⁹⁴ *Id.* At paras. 16–17.

⁹⁵ *Id.* At para. 58.

sexual, y mantener la confianza del estatus de los abogados ante el público y su derecho a ejercer una profesión regulada, son dos caras de una misma moneda.⁹⁶

Sin embargo, por razones antes no nombradas, los fundamentos normativos y empíricos para este enfoque en la reputación son débiles.⁹⁷ No hay evidencia que sugiera que sancionar conductas no profesionales sea una forma de promover la confianza pública. Una mayor atención a la mala conducta de los abogados en entornos profesionales podría proteger mejor la imagen de los abogados y la credibilidad de los procesos regulatorios. Una posición más defendible para justificar sanciones basadas en la conducta personal de los abogados es que la mala conducta es predictiva para futuras faltas profesionales de conducta. Este razonamiento es más plausible cuando las acciones se relacionan estrechamente con la práctica legal, o surgen de las oportunidades ofrecidas por el abogado.⁹⁸ Pero en muchos contextos, como el que refleja el caso “*La Sociedad de Derecho del Alto Canadá c/ Budd*”, la relación es altamente atenuada, y la evidencia empírica resumida con anterioridad demuestra la imposibilidad de predecir con precisión el comportamiento moral del futuro, basado en que la conducta ocurre en diferentes circunstancias del hecho.⁹⁹

Las sociedades de derecho generalmente no toman en cuenta dichas evidencias y esperan que el público asuma la conexión entre la conducta personal y la conducta profesional.

Por ejemplo, en el caso “*La Sociedad de Manitoba c/ Dolovich*”, la sociedad de derecho justificó la pérdida de licencia de un abogado condenado por poseer y distribuir pornografía infantil sobre la base de que su falta de respeto al derecho lo haría indigno de la confianza de la sociedad.¹⁰⁰

La preocupación esbozada por las convicciones del Sr. Dolovich sobre la posesión y distribución de pornografía infantil no es la de que él no se encuentre capacitado médica o psicológicamente para ejercer el derecho. Si no, que la preocupación es que ni el público ni los colegas abogados del Sr. Dolovich pueden confiar o confiarían para representar a los ciudadanos en asuntos legales o

⁹⁶ Id. Aparas. 86 – 87.

⁹⁷ Ver generalmente Alice Woolley, *Legal Ethics and Regulatory Legitimacy: Regulating Lawyers for Personal Misconduct*, en ALTERNATIVE PERSPECTIVES ON LAWYERS AND LEGAL ETHICS: REIMAGINING THE PROFESSION, p. 241 (Francesca Bartlett et al., Eds., 2011).

⁹⁸ En *Law Society of Upper Canada v. Johnston*, [2003] L.S.D.D. No. 21 (Can.), Un fiscal de la Corona fue procesado por pagar servicios sexuales de un menor. Había conocido al menos a una de las mujeres que solicitó en su calidad de abogado de la Corona. Una vez más, si bien esto no era una conducta que surgiera en su práctica legal, era un claro abuso de una oportunidad proporcionada por su práctica y sancionado como tal. *Carné de identidad*. en los párrs. 10, 32.

⁹⁹ See *supra* notas 50 – 51 y los textos que las acompañan.

¹⁰⁰ See *Law Soc' y of Man. v. Dolovich*, 2010 MBLS 11 (CanLII).

para investigar y explicar cuestiones legales cuando su conducta revela una falta tan profunda de respeto por las leyes de este país.¹⁰¹

Otros tomadores de decisiones han sugerido que la falta de conducta personal puede “hacer añicos... la integridad profesional (del abogado)” que la confianza pública será imposible.¹⁰² En efecto, estas afirmaciones simplemente reafirman el argumento basado en la reputación profesional en los diferentes temas.

Sin embargo, la preocupación por la imagen pública no siempre es consistente. En el caso “La sociedad de Derecho de Alta Canadá c/ Tassy” involucró a un abogado que había desarrollado una actitud un tanto patológica hacia los ciclistas.¹⁰³ En tres ocasiones diferentes fue condenado por agredir a ciclistas, lo que defendió que era una respuesta a los actos “descorteses y peligrosos” de los ciclistas.¹⁰⁴ El panel de audiencia del bar planteó la posibilidad de que Tassy pudiera tener una enfermedad mental y recomendó una reprimenda si podía proporcionar un informe psiquiátrico que indicara su aptitud para ejercer el derecho. Lo hizo y solo recibió una sanción. Aunque ese resultado no parece irrazonable, es difícil conciliarlo con otras resoluciones de la Sociedad de Derecho. Los tomadores de decisiones preocupados por la reputación profesional podrían ser desde reacios a ser indulgentes con un abogado aparentemente inestable que agredió a tres ciclistas, uno de ellos un niño, y no mostró ningún remordimiento. Pero si, como sugiere el resultado de Tassy, el objetivo principal debe ser la protección pública, que está asegurada por una declaración jurada psiquiátrica relacionada con la aptitud física, ¿por qué este enfoque no es apropiado en otros casos como Budd o Dolovich?

Como sugieren estos casos, la toma de decisiones sobre la conducta personal es tan inconsistente en Canadá como en los Estados Unidos. Los abogados canadienses pueden ser inhabilitados por una conducta muy alejada de la práctica, como en Budd o Dolovich, pero solo son reprendidos o multados por una conducta igualmente grave o más estrechamente relacionada con la práctica, como violar una orden judicial y cometer un ataque,¹⁰⁵ amenazar a alguien con un arma,¹⁰⁶ evadir impuestos,¹⁰⁷ mentir a la policía¹⁰⁸ o cometer fraude¹⁰⁹ Estos resultados variables son en parte atribuibles a la amplia gama de factores que las sociedades de derecho pueden considerar, como el remordimiento, la rehabilitación y la conducta profesional previa.¹¹⁰ Aunque tomar en cuenta dichos factores puede parecer razonable en principio, cuando

¹⁰¹ Id.

¹⁰² *Cwinn v. Law Soc’y of Upper Can.*, 108 D.L.R. 3d 381, para. 10 (Can. Ont. Div. Ct.).

¹⁰³ *Law Soc’y of Upper Can. v. Tassy*, [1997] L.S.D.D. No. 46 (Can.).

¹⁰⁴ Id. En dos casos, él los golpeó con un bastón. Carné de identidad. en el párrafo 18. En otro caso, empujó a un niño y a la hermana mayor del niño. Id. para. 28.

¹⁰⁵ Ver *Law Soc’y of Man. v. Bjornson*, [1996] L.S.D.D. No. 258 (Can.).

¹⁰⁶ Ver *Law Soc’y of B.C. v. Rodgers*, [2005] L.S.D.D. No. 125 (Can.).

¹⁰⁷ Ver *Law Soc’y of Man. v. Ament*, [1993] L.S.D.D. No. 150 (Can.).

¹⁰⁸ Ver *Law Soc’y of N.W.T. v. Mc Cauley*, [1993] L.S.D.D. No. 213 (Can.).

¹⁰⁹ Ver *Law Soc’y of Upper Can. v. Reid*, [1993] L.S.D.D. No. 27 (Can.).

¹¹⁰ Ver, e.g., *Law Soc’y of Man. v. Ament*, [1993] L.S.D.D. No. 150 (Can.).

la práctica se combina con lo subjetivo la naturaleza de los juicios, las preocupaciones sobre la imagen pública y la falta de fundamentos empíricos para las predicciones sobre la conducta futura, los resultados parecen muy idiosincrásicos. Tal proceso es poco propicio para inspirar confianza pública.

III. MODELOS REGULATORIOS ALTERNATIVOS

Otros países con sistemas legales comparables al de Estados Unidos y Canadá, se mueven en una dirección que da mayor receptividad a las preocupaciones de los consumidores, y podrían servir como modelos apropiados para la reforma. Estos países han establecido estructuras de correlación en las que el bar comparte autoridades con otras entidades más públicamente responsables. Aunque es necesaria una investigación sistemática para evaluar la efectividad de estas reformas, sus marcos son prometedores para enfrentar los problemas estructurales que han plagado los sistemas de Estados Unidos y Canadá.

A. Reformas Orientadas al Consumidor

Tradicionalmente, los abogados en Inglaterra y Gales se regían por sus propias sociedades de profesionales, que desempeñaban funciones de representación y de regulación. En 2017, después de críticas generalizadas y revisiones, el Parlamento promulgó un nuevo Acto de Servicios Legales que identifica el “proteger y promover los intereses de los consumidores”, como uno de sus objetivos claves¹¹¹. La ley establece una junta de servicios legales independiente que tiene la responsabilidad de supervisar la legalidad de los servicios en Inglaterra y Gales, con una mayoría de miembros legos y una presidencia lego. La Junta aprueba un regulador de primera línea para cada clase de proveedores legales con licencia. Los reguladores aprobados retienen la responsabilidad disciplinaria por las quejas que alegan una mala conducta profesional grave, pero deben crear un organismo en gran medida independiente para ejercer la supervisión¹¹². Además, el organismo de gobierno del regulador más grande, la Autoridad de Regulación de Abogados, tendrá para el 2013 una mayoría de miembros legos¹¹³. Si un regulador aprobado es demasiado lento o ineficaz en el ejercicio de su autoridad, la Junta puede multar al regulador, tomar medidas correctivas o retirar sus facultades de supervisión¹¹⁴.

El Defensor del Pueblo Jurídico, creado por la Oficina de Quejas Legales, y sujeto a la autoridad de la Junta de Servicios Legales, aborda las quejas menos graves relacionadas con problemas de

¹¹¹ Legal Services Act of 2007, c. 29, § 1(d) (Eng.).

¹¹² Id. § 4. El regulador aprobado para abogados es la Sociedad de Abogados de Inglaterra y Gales, y la jurisdicción disciplinaria corresponde a la Autoridad de Regulación de Abogados.

¹¹³ Ver LEY SOC'Y GEN. REGS., § 14 (6) (2008), <http://www.lawsociety.org.uk/documents/downloads/generalregulations.pdf>.

¹¹⁴ Ver Schneyer, *supra* nota 20, pp. 27.

rendimiento¹¹⁵. El Defensor del Pueblo determina un resultado entre el abogado y el cliente que es "justo y razonable", teniendo en cuenta cómo un tribunal percibiría la relación entre el abogado y el cliente, las reglas de conducta aplicables y lo que el Defensor del Pueblo considera haber sido buenas prácticas en el momento del acto/omisión"¹¹⁶. El Defensor del Pueblo puede exigirle al abogado que se disculpe, reembolse o renuncie a honorarios, o que pague una indemnización de hasta £ 30,000 por pérdidas financieras o "inconveniencia / angustia", y también puede tomar medidas para corregir "cualquier error especificado, omisión u otra deficiencia"¹¹⁷

Las partes con quejas primero deben acercarse a los abogados para buscar una resolución dentro de un período determinado establecido por un estatuto de limitaciones¹¹⁸. Si no tienen éxito, pueden dirigirse al Defensor del Pueblo, quien debe resolver cualquier queja de acuerdo con los requisitos de equidad procesal, incluida una audiencia cuando corresponda¹¹⁹. El Defensor del Pueblo Legal puede desestimar una queja si cree que no tiene "perspectivas razonables de éxito" o si es frívola o vejatoria; si el demandante no sufrió "pérdida financiera, angustia, inconveniencia u otro perjuicio"; si el abogado ya ofreció una "reparación justa y razonable"; si el asunto fuese tratado de manera más adecuada por un tribunal o "existen otras razones imperiosas por las que no es apropiado que el Defensor del Pueblo legal resuelva el problema"¹²⁰. El Defensor del Pueblo Legal también tiene otras facultades, como la autoridad para investigar, para avisar a un cliente que una queja relacionada podría haberse presentado contra otro abogado o bufete de abogados, y, si la denuncia indica mala conducta profesional, para asesorar al organismo regulador responsable de ese abogado¹²¹. Cada vez que se presenta una queja contra un abogado que no se resuelve a favor de ese abogado, el abogado debe pagar una "tasa de 400 libras" además de cualquier otra sanción que el Defensor del Pueblo Legal imponga¹²². Inglaterra y Gales también han autorizado la creación de una alternativa prácticas de estructuras que permitan la propiedad ajena a un abogado y supeditarán a la entidad a la supervisión regulatoria¹²³. Este nuevo régimen refleja una forma de "regulación basada en principios" que se centra en mejorar de forma proactiva el rendimiento, no simplemente sancionando las violaciones después del hecho.¹²⁴

¹¹⁵ Ver la Ley de Servicios Legales de 2007, c. 29 (Ing.); DEFENSOR DEL PUEBLO JURIDICO, REGLAS DEL PLAN, R. 2.1, 2.7, 2.8 (2011). Las Reglas del Esquema del Ombudsman son aprobadas por la Junta de Servicios Legales.

¹¹⁶ DEFENSOR LEGAL, *supra* nota 115, R.5.37.

¹¹⁷ Id. R.5.38,5.40,5.43,5.45.

¹¹⁸ Id. R.4.1,4.4–4.8,5.3.

¹¹⁹ Id. R.5.1–5.35

¹²⁰ Id.atR.5.7(a)–(c),(m).

¹²¹ *Carné de identidad. en R. 5.15, 5.19. Los organismos reguladores en Inglaterra son diferentes para solicitors, barristers y otros proveedores de servicios legales. Carné de identidad. en R. 1.2, 5.59.*

¹²² Id.at Rules 6.3–6.4.

¹²³ Comunicado de prensa, servicios legales. Bd., LSB confirma octubre de 2011 como Fecha de inicio para Estructuras comerciales alternativas (23 de febrero de 2010), disponible en http://www.legalservicesboard.org.uk/news_publications/press_releases/2010/pdf/23022010_abs_press_release.pdf

¹²⁴ Véase Andrew Boon, *Professionalism Under the Legal Services Act 2007*, INT'L J. LEGAL PROF., volumen 17, pp. 195, 213 (2010).

En Australia, los escándalos ampliamente publicitados también llevaron a los gobiernos estatales a crear procesos regulatorios más responsables y orientados al consumidor. En 2004, un Comité Permanente de Procuradores Generales creó Disposiciones Modelo para la Profesión Legal que eventualmente fueron traducidas en Actos de Profesión Legal por todos menos un estado y territorio¹²⁵. Si bien las leyes varían en ciertos aspectos, comparten el compromiso de aumentar la transparencia y la capacidad de respuesta en los procesos de supervisión. Por ejemplo, en Nueva Gales del Sur, un Comisionado de Servicios Legales Independientes recibe todas las quejas y las refiere a una mediación orientada al consumidor o a los propios organismos reguladores del colegio de abogados. Los reclamantes que no estén satisfechos con los resultados pueden solicitar la revisión del Comisionado, que tiene el poder de sustituir una nueva decisión. El Comisionado también supervisa el proceso para manejar las quejas y puede hacerse cargo de una investigación particular o recomendar cambios más generales¹²⁶. Queensland tiene una Comisión de Servicios Legales independiente encabezada por un no abogado¹²⁷. Su sistema disciplinario incluye un Centro de Relaciones con el Cliente, que resuelve disputas menores, y un Tribunal de Práctica Jurídica, integrado por un Juez del Tribunal Supremo, un abogado y un practicante. Los problemas de competencia y diligencia pueden ser temas de disciplina, y todas las acciones disciplinarias se publican en el sitio web de la Comisión de Servicios Legales¹²⁸.

Comenzando con la histórica legislación de 2001 en Nueva Gales del Sur, todos menos uno de los estados y territorios australianos también permiten las "prácticas legales incorporadas" (ILP), que permiten los intereses de propiedad de los no abogados¹²⁹. El marco regulatorio de estas prácticas legales incorporadas sirve de modelo para innovación regulatoria. Bajo este marco, los ILP deben tener al menos un director profesional responsable de crear los sistemas de gestión apropiados que garanticen el cumplimiento de las normas de conducta profesional¹³⁰.

¹²⁵ Ver Bobette Wolski, *Reform of the Civil Justice System 25 Years Past: (In)adequate Responses from Law Schools and Professional Associations (And How Best to Change the Behaviour of Lawyers)*, COMMON L. WORLD REV., volumen 40, pp. 40, 66-67 (2011).

¹²⁶ Ver DAVID NICOLSON & JULIAN WEBB, *PROFESSIONAL LEGAL ETHICS* 86 (1999); CHRISTINE PARKER & ADRIAN EVANS, *INSIDE LAWYER'S ETHICS* 54-55 (2007); Deborah L. Rhode, *In the Interests of Justice: A Comparative Perspective on Access to Legal Services and Accountability of the Legal Profession*, CURRENT LEGAL PROBS., volumen 56, p. 93 (2003)

¹²⁷ Legal Profession Act 2007 (Qld) s 591 (Austl.), Disponible en <http://www.legislation.qld.gov.au/legisln/current/l/legalproa07.pdf>; Leslie C. Levin, *Construyendo un mejor sistema de disciplina de abogados: The Queensland Experience*, 9 LEGAL ETHICS 187, 193-94 (2006); ver también PARKER & EVANS, *supra* nota 126, en 56.

¹²⁸ Ver Levin, *supra* note 127, p. 193; see also PARKER & EVANS, *supra* nota 126, p. 56.

¹²⁹ Ver Christine Parker, Tahlia Gordon y Steve Mark, *Regulating Law Firm Ethics Management An Empirical Assessment of an Innovation in Regulation of the Legal Profession in New South Wales*, J. L. & SOC'Y, volumen 37, pp. 466, 467 (2010); ver también Legal Profession Act 2007 (Qld) s 2.7 (Austl.), disponible en <http://www.legislation.qld.gov.au/legisln/current/l/legalproa07.pdf>; John Briton & Scott McLean, *Incorporated Legal Practices: Dragging the Regulation of the Legal Profession into the Modern Era*, LEGAL ETHICS, volumen, p. 241 (2010).

¹³⁰ Legal Profession Act 2004 (NSW) s 141 (Austl.).

Los directores que no toman "todos los pasos razonables" disponibles para cumplir con sus obligaciones están sujetos a sanciones disciplinarias¹³¹. Los Comisionados de Servicios Legales también tienen autoridad para realizar una auditoría de cumplimiento de los sistemas de administración de prácticas, ya sea que se haya presentado o no una queja.

En Nueva Gales del Sur, que tiene una de las estructuras de supervisión más desarrolladas, los sistemas de gestión de ILP deben abordar diez objetivos relacionados con asuntos que a menudo dan lugar a reclamaciones, como competencia, comunicaciones, supervisión, fondos fiduciarios y conflictos de intereses¹³². Todos los ILP deben realizar una auto auditoría para evaluar su cumplimiento con cada uno de estos objetivos¹³³. Los ILP que se califican a sí mismos como no compatibles totalmente deben trabajar con la Oficina del Comisionado de Servicios Legales para mejorar sus sistemas de gestión de la práctica¹³⁴. En los casos en que el ILP la auto auditoría o las quejas de los clientes plantean inquietudes, el Comisionado puede iniciar una auditoría independiente¹³⁵. Un estudio exhaustivo del marco de Nueva Gales del Sur concluyó que exigir que los ILP pasen por el proceso de autoevaluación provocó frecuentes reformas internas y redujo el número de quejas. en aproximadamente la mitad¹³⁶. Parte del éxito del sistema es atribuible a la relación de trabajo constructiva no contenciosa que se ha desarrollado entre el Comisionado y los ILP sujetos a regulación¹³⁷.

Lo mismo ha sucedido en Queensland, que ahora está en el proceso de desarrollar procesos de auditoría externa que garantizarán una supervisión adecuada sin requisitos excesivamente intrusivos o pesados. Entre estos procesos están las encuestas basadas en la web de profesionales y personal de ILP sobre asuntos como cultura ética, prácticas de facturación y sistemas de gestión de quejas¹³⁸. Los resultados permitirán a los ILP comparar su desempeño con el de sus pares, y ayudarán al Comisionado a evaluar la efectividad de diferentes procesos regulatorios. El éxito con este marco podría conducir a la adopción tanto de empresas tradicionales como de aquellas con estructuras de práctica alternativas¹³⁹.

B. Conductas No Profesionales

No está claro si el nuevo enfoque del consumidor alterará cómo los tribunales y las agencias disciplinarias tratan la conducta que ocurre fuera de las relaciones profesionales.

¹³¹ Briton & McLean, *supra* nota 129, p.244.

¹³² Véase, Parker, Gordon,& Mark, *supra* nota 129, p.472.

¹³³ *Id.* p. 473.

¹³⁴ *Id.*

¹³⁵ *Id.*

¹³⁶ *Id.* p. 493.

¹³⁷ Ver *id.*; Ver también Briton & McLean, *supra* nota 129, pp. 248 – 49.

¹³⁸ Ver Briton & McLean, *supra* nota 129, pp. 250 – 51.

¹³⁹ Ver *id.* p. 253.

Tradicionalmente, las decisiones australianas reflejaban la misma inconsistencia aparente en los Estados Unidos y Canadá. Así, por ejemplo, una resolución de 2002 inhabilitó a un practicante culpable de delitos sexuales contra un menor por considerar que "[el] público dudaría correctamente de los estándares de una profesión que permitía a una persona que recientemente cometió tales delitos graves permanecer como uno de sus miembros¹⁴⁰. Por el contrario, un año más tarde, otro tribunal declinó inhabilitar a un abogado culpable de tráfico de cocaína¹⁴¹. Debido a que la autoridad de supervisión del bar proviene de la legislatura, sin embargo, está sujeta a cierta responsabilidad democrática, y la reputación de la profesión ya no se identifica como una consideración relevante al imponer sanciones¹⁴². La tendencia de las decisiones recientes es centrarse en la gravedad de la ofensa y si se trata de deshonestidad¹⁴³.

Una decisión ampliamente reportada de 2004 en Nueva Gales del Sur es emblemática respecto de la continua división de puntos de vista entre los jueces australianos sobre la falta de ética profesional. Se trataba de un abogado condenado por conducta lasciva hacia los hijos de una mujer que luego lo perdonó y se casó con él. El abogado no divulgó a los posibles empleadores legales esas condenas y otra que se revocó en la apelación¹⁴⁴. Aunque la Corte de Apelaciones ordenó la inhabilitación, la Corte Suprema enfatizó que la conducta que rodeaba el abuso de confianza del abogado estaba "tan alejada de todo lo relacionado con la práctica profesional que la caracterización de la mala conducta personal del apelante como mala conducta profesional fue errónea"¹⁴⁵. El abogado ya había perdido su licencia durante cinco años mientras el caso estaba pendiente, el tribunal consideró que no era apropiada ninguna otra sanción.

Inglaterra y Gales, sin embargo, no muestran signos de desviación de su enfoque tradicional, que permite sanciones por conducta que podría perjudicar la reputación de la profesión. El Código de Conducta de los Abogados de 2007 exige que los practicantes eviten cualquier conducta "dentro o fuera de [su] práctica profesional que socave la confianza [pública]"¹⁴⁶. El Código de Conducta para barristers requiere de manera similar que no se involucren en conductas que puedan "disminuir confianza en la profesión legal o la administración de justicia o de otra manera desacreditar a la profesión"¹⁴⁷. Para algunos tribunales, una condena penal casi parece por definición justificar el despido de un profesional de los roles para "mantener la reputación de la profesión" y "mantener la confianza pública"¹⁴⁸. En casos que involucran

¹⁴⁰ Law Soc' y of S. Austl. v Rodda [2002] SASC 274 ¶ 29(Austl.)

¹⁴¹ Protonotario del Tribunal Supremo de N.S.W. v P [2003] NSWCA 320 (Austl.). Para otros casos, vea Duncan Webb, Nefarious Conduct y "Fit and Proper Person Test," en ALTERNATIVE PERSPECTIVES EN LAWYERS AND LEGAL ETHICS: REIMAGINING THE PROFESSION, supra nota 97, en 218-40.

¹⁴² Ver id. p. 222.

¹⁴³ Ver id.

¹⁴⁴ A Solicitor v Council of the Law Soc' y of N.S.W. [2004] HCA 1 (Austl.).

¹⁴⁵ Id. ¶ 34; see also Webb, supra note 141, at 224.

¹⁴⁶ SOLICITORS REGULATION AUTH., SOLICITORS' CODE OF CONDUCT 2007, R. 1.06 (2007).

¹⁴⁷ CODE OF CONDUCT OF THE BAR OF ENGLAND AND WALES ¶ 301(a)(iii) (8th ed. 2004).

¹⁴⁸ Law Soc'y v. Gilbert, [2000] Todos E.R. (d) 1891 (Eng.). Aunque ese caso involucra una mala conducta profesional, la decisión del tribunal de aumentar la sanción después de una condena penal refleja la prioridad otorgada a la reputación profesional.

asuntos como drogas, sexo o conducir en estado de ebriedad, la inhabilitación se ordena sin ninguna discusión sobre el nexo entre la mala conducta personal y la profesional; la decisión simplemente enumera las ofensas y las declara "desacreditables" y "desacreditan" a la profesión¹⁴⁹. A diferencia de las recientes reformas regulatorias relacionadas con la mala conducta profesional, el enfoque en la disciplina no profesional parece estar en la imagen pública, no en la protección pública.

IV. UN PROGRAMA PARA LA REFORMA

No está claro en qué medida Estados Unidos y Canadá podrían seguir el ejemplo de Inglaterra y Australia en las reformas orientadas al consumidor. Como señala Ted Schneyer, los cambios en esos países fueron en gran medida atribuibles a poderosos grupos de consumidores con aliados del gobierno, incluidos los reguladores antimonopolio¹⁵⁰. En Estados Unidos y Canadá, como se discutió anteriormente, tales presiones están en gran parte ausentes. En general, no se ha invocado la ley antimonopolio estadounidense para impugnar las normas judiciales estatales, y la doctrina de poderes inherentes limita la intervención legislativa en asuntos regulatorios de barras¹⁵¹. Los tribunales estadounidenses, sin embargo, han tolerado regulaciones legislativas y administrativas que consideran consistentes con su autoridad¹⁵². Algunos tribunales podrían estar dispuestos a implementar reformas en la línea que Inglaterra y Australia han sido pioneras, si se estructuran de manera que no cuestionen la autoridad máxima de la judicatura. En la medida en que el modelo australiano de regulación de ILP demuestre el éxito en la reducción de quejas a través de un enfoque cooperativo, de resolución de problemas, en lugar de adversario, algunos colegios de abogados podrían estar dispuestos a adoptar marcos similares. Una mayor

¹⁴⁹ CÓDIGO DE CONDUCTA DEL BAR DE INGLATERRA Y GALES ¶ 301 (a) (i), (a) (iii); ver BAR ESTANDARES BD., HALLAZGOS DISCIPLINARIOS: SIMON AUSTIN HAMILTON (2009), <http://www.barstandardsboard.org.uk/complaints-and-professional-conduct/disciplinary-tribunals-and-findings/disciplinary-findings/?DisciplineID=74852> (pornografía infantil, indecencia pública); ESTÁNDARES DE BAR BD., CONCLUSIONES DISCIPLINARIAS: NICOLA JANE MARSHALL (2008), <http://www.barstandardsboard.org.uk/complaints-and-professional-conduct/disciplinary-tribunals-and-findings/disciplinary-findings/?DisciplineID=74836> (conducir en estado de embriaguez, no detenerse después del accidente); ESTÁNDARES DE BAR BD., CONCLUSIONES DISCIPLINARIAS: AMIR HASSAN MODJIRI (2007), <http://www.barstandardsboard.org.uk/complaints-and-professional-conduct/disciplinary-tribunals-and-findings/disciplinary-findings/?DisciplineID=74803> (posesión de cocaína); ESTÁNDARES DE BAR BD., CONCLUSIONES DISCIPLINARIAS: RUPERT JOHN MASSEY (2006), <http://www.barstandardsboard.org.uk/complaints-and-professional-conduct/disciplinary-tribunals-and-findings/disciplinary-findings/?DisciplineID=74742> (asalto indecente a un hombre); ESTÁNDARES DE BAR BD., CONCLUSIONES DISCIPLINARIAS: JOHN PAULTEMPLE (2006), <http://www.barstandardsboard.org.uk/complaints-and-professional-conduct/disciplinary-tribunals-and-findings/disciplinary-findings/?DisciplineID=74757> (pornografía infantil).

¹⁵⁰ Schneyer, *supra* nota 20, p. 24.

¹⁵¹ Goldfarb v. Va. State Bar, 421 U. S. 773, 789 & n.18 (1975); ver también las notas *supra* 11-16, 42-45 y el texto que lo acompaña. Para una acción antimonopolio infrecuente, ver Terry, *supra* nota 42, pp. 200-02.

¹⁵² Ver Eli Wald, Should Judges Regulate Lawyers?, MCGEORGE L. REV., volumen 42, pp. 149, 156 (2010); Charles Wolfram, Lawyer Turf y Lawyer Regulation: The Role of the Inherent Powers Doctrine, U. ARK. L.J., volumen 12, pp. 1, 6 - 13 (1989). Para la disposición de la Corte Suprema de los EE. UU. A tolerar la regulación del Congreso, ver Barton, *supra* nota 12, pp. 1211-12.

transparencia en las decisiones relativas a la mala conducta no profesional también podría persuadir a los colegios de abogados y los tribunales para que adopten normas que promuevan una mayor coherencia.

En Canadá, ninguna barrera estructural impide la reforma en la línea adoptada en Australia y en Inglaterra y Gales. Aunque la falta de preocupación pública acerca de las deficiencias en la regulación de los abogados puede inhibir los cambios fundamentales, es posible un progreso gradual mediante cambios en la práctica de la sociedad legal o mediante enmiendas legislativas a los estatutos autorizadores bajo los cuales operan esas sociedades legales.

A. *Una propuesta para Estados Unidos*

Un proceso disciplinario más efectivo en los Estados Unidos expandiría sus enfoques de supervisión y remediación sobre el desempeño profesional, y reduciría su preocupación por los delitos no profesionales. La jurisdicción de las agencias disciplinarias debería ampliarse para incluir negligencia y honorarios, y los recursos deberían aumentarse para garantizar una investigación adecuada y respuestas correctivas. En lugar de confiar casi exclusivamente en las quejas de los clientes (complementadas por condenas por delitos graves), los funcionarios reguladores deben iniciar investigaciones basadas en sanciones judiciales y auto auditorías. Se deben hacer más esfuerzos para aislar a las agencias reguladoras de las presiones profesionales y para desarrollar procesos rentables de resolución de disputas por faltas de conducta. Una estructura de co-regulación según las líneas desarrolladas para Australia, Inglaterra y Gales podría incluir un ombudsman laico con la responsabilidad de mediar en las disputas, revisar los casos rechazados y hacer informes periódicos a los tribunales sobre el desempeño del proceso regulatorio. Se debe exigir a los abogados que lleven un seguro por negligencia médica y los recursos deben incluir la compensación del cliente. Los servicios de apoyo y programas de desviación para abogados con problemas de salud mental, abuso de sustancias, administración de oficinas y dificultades financieras a corto plazo deberían ayudar a estos profesionales a establecer un plan correctivo apropiado y supervisar su cumplimiento¹⁵³. También se deben hacer más esfuerzos para rastrear la efectividad de estos programas y para tratar con los reincidentes.

El proceso también debe ser más transparente. Se debe exigir a los abogados que proporcionen información a los clientes o a bancos de datos centralizados sobre sus registros de disciplina y negligencia profesional¹⁵⁴. Las cuatro quintas partes de los estadounidenses encuestados expresan su deseo de tales recursos, y los modelos replicables que involucran a los médicos

¹⁵³ Ver ABEL, *supra* nota 5, pp. 512-14; RHODE, *supra* nota 6, pp. 163-64; Diane M. Ellis, A Decade of Diversion: Empirical Evidence that Alternative Discipline Is Working for Arizona Lawyers, EMORY L.J., volumen 52, p. 1221 (2003).

¹⁵⁴ Ver ABEL, *supra* note 5, at 514; RHODE, *supra* note 6, at 162 – 63.

están ampliamente disponibles¹⁵⁵. Las quejas disciplinarias también deben hacerse públicas si el organismo de supervisión pertinente encuentra una causa probable para la investigación. Aunque los abogados generalmente se han opuesto a esta propuesta sobre la base de que la divulgación de denuncias infundadas perjudicaría injustamente su reputación, ninguna evidencia ha demostrado esos daños en la minoría de estados con procesos abiertos. Si las denuncias civiles y los arrestos policiales son asuntos de dominio público, no está claro por qué las quejas contra los abogados deben estar sujetas a protección especial¹⁵⁶. Debido a que las encuestas de consumidores encuentran una profunda sospecha sobre los procedimientos a puerta cerrada, incluso la propia comisión disciplinaria de la ABA ha recomendado la divulgación de quejas no frívolas¹⁵⁷.

Las preocupaciones de protección pública también deberían figurar de manera más prominente en la revisión de la mala conducta no profesional. Dadas las dificultades para predecir ofensas futuras por mala conducta pasada no relacionada, el enfoque más empíricamente defendible sería limitar la supervisión de la Barra a asuntos que involucran fraude, deshonestidad y otros actos relevantes para el trabajo profesional¹⁵⁸. Si esa limitación es políticamente inverosímil, otra posibilidad sería establecer pautas para el tratamiento de ofensas específicas, modeladas en estándares aplicables en otros contextos de licenciamiento sujetos a supervisión legislativa. Por lo menos, la profesión debería esforzarse por un tratamiento más consistente de una conducta similar, y debería evitar duplicar las sanciones penales por objetivos en gran parte reputacionales.

B. Una propuesta para Canadá

Para lograr un sistema normativo verdaderamente eficiente y eficaz en Canadá se requerirán cambios estructurales¹⁵⁹. Aunque no es realista esperar que la supervisión pueda trasladarse de las provincias al gobierno federal, parece posible reducir la autonomía de las sociedades de derecho y sus dependencias de los voluntarios¹⁶⁰. Si bien las funciones de investigación y enjuiciamiento pueden permanecer dentro de las sociedades de derecho, se debe establecer un

¹⁵⁵ Ver Steven K. Berenson, *Is It Time for Lawyer Profiles?*, *FORDHAM L. REV.*, volumen 70, pp. 645, 651 - 57, 680 (2001). Para estas y otras reformas, ver RHODE, *supra* nota 6, pp. 162-65.

¹⁵⁶ Ver Levin, *supra* note 34, at 21 - 22.

¹⁵⁷ ABA COMM'N ON EVALUATION OF DISCIPLINARY ENFORCEMENT, *LAWYER REGULATION FOR A NEW CENTURY* 33 (1992); Levin, *supra* note 34, at 22.

¹⁵⁸ Ver, e.g., *Att'y Disciplinary Bd. v. Keele*, 795 N.W.2d 507, 513-14 (Iowa 2009) (negarse a disciplinar a un abogado por posesión ilegal de un arma de fuego donde no había nexo entre esa ofensa y su capacidad de funcionar como abogado).

¹⁵⁹ Estas sugerencias, y sus fundamentos normativos, se discuten más en Alice Woolley, *Retórica y Realidades: Lo que la independencia del Colegio de Abogados exige la regulación del abogado* (Sch. of Pub. Pol. Res. Paper 2011), available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1877884.

¹⁶⁰ Un regulador federal también puede ser engorroso y costoso, y le resulta difícil regular efectivamente la práctica legal fuera de las ciudades canadienses más grandes o responder a problemas de práctica específicos que surgen de problemas exclusivos de una provincia en particular, por ejemplo, aspectos de sus reglas de tribunales o leyes de bienes raíces.

tribunal separado para resolver casos disciplinarios. Ese tribunal también podría mediar en las disputas entre abogado y cliente, como lo hace el Defensor del Pueblo en Inglaterra y Gales. La supervisión debe ampliarse para abordar las inquietudes sobre el rendimiento que no cumplen con la falta profesional y proporcionar soluciones a los clientes.

Los miembros del tribunal pueden ser remunerados y nombrados por un comité conjunto compuesto por los principales jueces de la corte provincial de apelación y tribunales de primera instancia, y los elegidos y los representantes de la ley de la sociedad. Este proceso de designación debe diseñarse para garantizar cierta diversidad en los antecedentes de los miembros y cierta independencia profesional y responsabilidad pública por su desempeño. La mayoría de las quejas que involucran servicios al cliente pueden ser presentadas directamente por la parte agraviada, aunque la sociedad jurídica debe tener la opción de intervenir en un caso donde lo considere apropiado.

Bajo ese sistema, las sociedades de derecho conservarían su poder para establecer estándares de conducta, para examinar e investigar las denuncias, y para determinar si los asuntos que se señalan a su atención deberían pasar al tribunal disciplinario. Si bien la mayoría de los casos de competencia serían presentados al tribunal de resolución de disputas directamente por el demandante, las sociedades de abogados también tendrían legitimación para plantear cuestiones relacionadas con el desempeño de los abogados.

Siguiendo el modelo de Inglaterra y Gales, cada provincia también debe crear una oficina de revisión regulatoria legal distinta. Tal oficina debería revisar las decisiones de las sociedades de derecho y recomendar modificaciones o reconsideración. Al menos una provincia, Columbia Británica, ya tiene un Defensor del Pueblo que tiene jurisdicción sobre una amplia gama de preocupaciones de los consumidores¹⁶¹. Al igual que el Defensor del Pueblo, el puesto propuesto aquí no tendría el poder de dirigir a la sociedad jurídica para llegar a una conclusión específica sobre asuntos de política o en casos específicos. Su mandato sería proporcionar una voz para los consumidores y otros intereses que no se reflejan suficientemente en la toma de decisiones de la sociedad jurídica.

Además de estos cambios estructurales, la sustancia de la regulación del abogado en Canadá también requiere revisión y expansión. En particular, las sociedades jurídicas deberían prestar mayor atención a las reclamaciones y remedios comunes de los consumidores, especialmente en relación con tarifas excesivas y lagunas en la cobertura de seguro por negligencia¹⁶². Las

¹⁶¹ El poder de revisión de este Defensor del Pueblo se extiende más allá de la regulación del abogado a otras funciones gubernamentales, y no está claro con qué frecuencia este funcionario ha intervenido en casos disciplinarios de abogados. Se necesita más investigación para determinar la efectividad de este puesto y lo que podría ser necesario para fortalecer su supervisión en casos que involucran a abogados.

¹⁶² Ver Woolley, *Time for Change*, *supra* nota 82; Woolley, *supra* nota 2. Se requiere que todos los abogados en Canadá participen en planes de seguros regidos por las sociedades de derecho provinciales. Sin embargo, en

sociedades jurídicas deberían enfatizar las actividades de fijación de estándares y otras actividades de supervisión proactiva, en lugar de simplemente responder a instancias específicas de falta profesional grave¹⁶³.

Con respecto al comportamiento no profesional, el poder legal de las sociedades de derecho para regular en interés de la profesión debe ser abolido y el foco debe estar en la protección pública, no en la imagen pública. Las sanciones deben reservarse para una conducta que pueda socavar la capacidad del abogado para practicar, como el abuso de sustancias, o que sugiera la deshonestidad o la violación deliberada de las órdenes judiciales. Los procesos disciplinarios del Colegio de Abogados no deberían utilizarse para duplicar el sistema de justicia penal; su papel debe estar estrechamente dirigido a la protección de los clientes y el sistema de justicia.

V. CONCLUSIÓN

Los problemas de la regulación de los abogados en los Estados Unidos y Canadá son significativos, sistémicos y estructurales. Pero no son inevitables. Las recientes reformas en Inglaterra, Gales y Australia sientan las bases para un marco de supervisión que responda mejor a los intereses públicos. Queda por ver si estos cambios alcanzarán su máximo potencial. Sin embargo, como mínimo, estas reformas promueven una mayor transparencia y rendición de cuentas, y crean el potencial para una revisión continua a la luz de la experiencia. Los Estados Unidos y Canadá podrían beneficiarse de estrategias comparables.

Un valor de los coloquios como este es que su enfoque internacional invita a un escrutinio más exhaustivo de las prácticas nacionales insulares que sirven a las necesidades de la sociedad. Durante siglos, los bares estadounidenses y canadienses han afirmado que la autorregulación es fundamental para mantener la "independencia de la profesión de la dominación del gobierno"¹⁶⁴. Las comparaciones internacionales sugieren que dicha independencia puede mantenerse a través de estructuras correguladoras que también proporcionan mayores controles al yo profesional - intereses y mayor capacidad de respuesta a las preocupaciones del consumidor. El desafío que queda para los Estados Unidos y Canadá es aprovechar estas ideas del exterior para inspirar las reformas nacionales que se han retrasado.

algunas provincias, el abogado no puede acceder al plan de seguro si se descubre que cometió una falta profesional, lo que socava la protección del cliente.

¹⁶³ Ver Trebilcock, *supra* nota 82, pp. 224 – 27.

¹⁶⁴ MODEL RULES OF PROF' L CONDUCT, pmb. ¶ 11 (2011).