

UNA PROPUESTA PARA UNA ACCIÓN DE DAÑOS CONTRA UN PERITO POR IMPERICIA PROFESIONAL EN EL CONTEXTO DEL PROCESO JUDICIAL

Zoé C. Negrón Comas

I. Introducción	539
II. Responsabilidad profesional del perito en el proceso judicial	541
III. Conclusión y recomendaciones	570

“An expert is an individual who was not present when the ‘incident’ occurred, but for a healthy fee will happily imagine what it was like and how it happened.”¹

I. Introducción

Muy recientemente se reportó sobre un caso de impericia médica en el Tribunal de Distrito federal.² La demandante en este caso alegó que llegó a la sala de emergencias del hospital con tres meses de embarazo, dolores y sangrado.³ Durante la intervención, su condición empeoró y abortó espontáneamente.⁴ Los médicos del hospital la prepararon para una intervención quirúrgica y le administraron anestesia espinal.⁵ Como resultado – la

* Estudiante de segundo año de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico. Miembro del Cuerpo de Redactores. BA en Educación en Inglés como Segundo Idioma de la Universidad de Puerto Rico, Recinto de Cayey. ¹ Justin P. Murphy, *Expert Witnesses at Trial: Where Are the Ethics?*, 14 GEO. J. LEGAL ETHICS 217, 217 (2000).

² Cristian González, *Eliminan perito de demandante por basarse en información incompleta y errada*, AL DÍA PUERTO RICO (17 de diciembre de 2017), <https://aldia.microjuris.com/2017/12/17/eliminan-perito-de-demandante-por-basarse-en-informacion-incompleta-y-errada/>.

³ *Id.*

⁴ *Id.*

⁵ *Id.*

demandante – arguyó haber sufrido daños y quedó confinada a una silla de ruedas.⁶ Consecuentemente, instó su acción en el tribunal y, por supuesto, contrató a un perito médico.⁷ El hospital demandado solicitó que se suprimiera el testimonio de este perito al percatarse que este formó su opinión sin examinar a la demandante y con una premisa de hecho errónea.⁸ El perito estaba bajo la impresión que la demandante estaba parapléjica, por los documentos que leyó en la preparación de su opinión, y esta no lo estaba.⁹ Aparentemente, el factor de haber quedado parapléjica era esencial para vincular científicamente la negligencia del hospital con los daños. Ante este panorama, el juez excluyó al perito y su testimonio del juicio.¹⁰

Entremos ahora en el mundo de la especulación. ¿Qué posibilidades tiene la demandante de prosperar luego de este incidente? De prosperar, **¿qué efecto va a tener esto en los daños que se le indemnicen?** ¿Qué remedio tiene esta demandante si a consecuencia de la exclusión del perito se desestima su caso?

Desde sus inicios, los peritos se incorporaron al procedimiento judicial para asesorar al juzgador sobre cuestiones técnicas; cuestiones que necesariamente afectan la comprensión de los hechos de una controversia litigiosa. En esencia, la labor del perito es poner al juzgador en la posición óptima para adjudicar conforme a derecho, en situaciones en las cuales su conocimiento general o jurídico no basta para resolver correctamente.¹¹ El litigio contemporáneo se nutre cada vez más del uso de los peritos. Esto porque los avances en la ciencia y tecnología han contribuido a un mundo más especializado, donde el conocimiento técnico es clave para entender lo que sucedió y dio lugar a la controversia jurídica.¹² Para muchos litigios, el perito se convierte en una necesidad. Sobre todo, en casos complejos, como lo son la impericia médica, los vicios de construcción, los productos defectuosos, entre otros., Por lo tanto, instar una demanda sin un perito es casi tan dificultoso como hacerlo sin un abogado. Con la proliferación de las controversias técnicas aumenta el uso de peritos y la parte con el mejor perito, tiene mayor probabilidad de ganar. Por consiguiente, comienzan a tocar las puertas del tribunal demandantes cuya súplica es la siguiente: que se responsabilicen a los peritos que causan daño porque actúan culposa o negligentemente. En Estados

⁶ *Id.*

⁷ *Id.*

⁸ *Id.*

⁹ *Id.*

¹⁰ *Id.*

¹¹ Tai Golan, *Revisiting the History of Scientific Expert Testimony*, 73 *BROOK. L. REV.* 879, 880-82 (2008).

¹² Edgardo Rivera García, *El valor del testimonio pericial en los procesos judiciales*, 47 *REV. JUR. UIPR* 87, 93-98 (2013).

Unidos, algunas jurisdicciones comienzan a reconocer causas de acción para atender esta controversia.¹³

En la Parte II de este artículo examinaremos la cuestión de la inmunidad del testigo, para establecer que no se justifica extenderla al perito. Generalmente, un testigo que participa en juicio tiene una inmunidad contra demandas resultantes. Empero, este artículo postula que el derecho no sostiene la extensión categórica de ese privilegio al perito meramente porque este testifica o participa en el proceso judicial. El rol de un perito en el litigio es suficiente distinguible del de un testigo de hechos para excluirlo. Para estos efectos se interpretará el estado de derecho en Puerto Rico, y lo resuelto en otras jurisdicciones en conflictos parecidos.

Una vez superado el obstáculo de la inmunidad, la Parte III de este artículo identifica los elementos de la acción propuesta. Para llevar una acción de esta naturaleza, y a la vez evitar la frivolidad en el litigio, se identifica: (a) cuál es el deber jurídico de un perito y qué constituye la **acción u omisión que lo violenta;** (b) qué es y cómo o cuándo se identifica el daño; y (c) cómo se establece la relación causal entre esa acción u omisión y el daño sufrido.

Por último, la Parte IV, en el último y más importante esfuerzo para reparar el daño a la persona que lo sufre sin abrir las puertas del tribunal para la frivolidad, se determinará quién puede ejercitar la acción aquí propuesta y bajo qué circunstancias.

Este artículo produce las siguientes conclusiones: (1) La inmunidad del testigo no cobija categóricamente al perito. (2) La estructura de la acción utiliza la base del artículo 1802 del Código Civil. El deber del perito surge de su relación con el cliente que lo contrata y de la misma Regla 702 de Evidencia. El daño se entiende consumado al momento de recaer la sentencia; y para probar responsabilidad se requiere que el demandante pruebe el caso dentro del caso. Por último, (3) la acción puede ejercerse por cualquiera de las partes del litigio, sin embargo, el estándar y el *quantum* serán diferente, dándole mayor carga a la parte adversa para iniciar y prosperar.

II. Responsabilidad profesional del perito en el proceso judicial

A. Figura del perito en el proceso judicial

Como parte de la responsabilidad de impartir justicia y la búsqueda de la verdad, cada día se requiere más conocimiento especializado.¹⁴ Para ello, el Derecho

¹³ Véase Real Law Editorial Team, *This is Real Law: Expert Witness Malpractice: Making the Case for -and against- Civil Liability*, LEXISNEXIS LEGAL NEWS ROOM: LITIGATION BLOG (24 de febrero de 2014, 4:47 p.m.), <https://www.lexisnexis.com/legalnewsroom/litigation/b/litigation-blog/archive/2014/02/24/this-is-real-law-expert-witness-malpractice-making-the-case-for-and-against-civil-liability.aspx>; B. Sonny Bal, *The Expert Witness in Medical Malpractice Litigation*, 467-2 CLIN. ORTHOP. RELAT. RES. 383 (2009).

¹⁴ Rivera García, *supra* nota 12, en la pág. 88.

Probatorio establece criterios para la admisión y valoración de la evidencia. Las Reglas de Evidencia de Puerto Rico atienden esta normativa. El carácter novel de las controversias le reviste más importancia al conocimiento científico o técnico.¹⁵ Con el propósito de poner al juzgador de los hechos en posición para resolver conforme este conocimiento, se incorpora al ordenamiento jurídico la figura del testigo perito.¹⁶

En síntesis, el perito es una persona que, por tener determinado conocimiento sobre una materia, puede ayudar al juez a comprender los hechos.¹⁷ Para que sea admisible su testimonio en el juicio, un perito tiene que cumplir con los criterios esbozados en las Reglas de Evidencia pertinentes.¹⁸ Según las reglas, para ser calificado como perito, la persona debe poseer “especial conocimiento, destreza, experiencia, adiestramiento o instrucción suficiente para calificarla como experta o perita en el asunto sobre el cual habrá de presentar testimonio”.¹⁹ La calificación como perito le da la libertad de formular opiniones sin las limitaciones que tiene el testigo no perito.²⁰ En el caso de que una parte objete la calificación del perito, se debe probar su peritaje mediante evidencia admisible.²¹ Una vez se califica al perito y se admite su testimonio, el valor probatorio de ese depende algunos factores: (a) si el testimonio está basado en información suficiente; (b) si es producto de principios y métodos confiables; (c) si el perito los aplicó de manera confiable; (d) si el principio subyacente se acepta generalmente en la comunidad científica; (e) las calificaciones del perito; y (f) la parcialidad del perito.²²

A través de la jurisprudencia, se han definido tres tipos de perito que participan en un procedimiento judicial: (1) el perito de ocurrencia; (2) el perito general; y (3) el perito intermedio.²³ El perito de ocurrencia es aquel que tiene conocimiento extrajudicial de los hechos que dan lugar a la controversia.²⁴ De ordinario, estos se tratan como testigos ordinarios a todos los efectos y no tienen derecho a remuneración especial.²⁵ Por otro lado, el perito general es aquel que no tiene

¹⁵ *Id.*

¹⁶ *San Lorenzo Trading, Inc. v. Hernández*, 114 DPR 704, 710 (1983).

¹⁷ Véase Rivera García, *supra* nota 12, en la pág. 93 (“[E]l inteligente, experimentado, práctico en una ciencia, arte o cualquier otra materia . . . la persona entendida, el individuo competente, idóneo, por tener unas determinadas aptitudes y conocimientos, por poseer una adecuada capacidad . . . una persona que, a través de la educación o experiencia, ha desarrollado un conocimiento o destreza sobre una materia”).

¹⁸ *Id.*

¹⁹ R. EVID. 703(a), 32 LPRA Ap. VI (2017).

²⁰ *Id.* R. 702.

²¹ *Id.* R. 703.

²² *Id.* R. 702.

²³ *San Lorenzo Trading, Inc. v. Hernández*, 114 DPR 704, 718 (1983).

²⁴ *Id.*

²⁵ *Id.*

conocimiento previo de los hechos del caso.²⁶ Los peritos intermedios son aquellos que “debido a los estudios específicos que han efectuado en previsión del futuro o durante el proceso, están familiarizados con los hechos particulares del caso”.²⁷ Estos últimos dos reciben pago de honorarios por sus servicios.²⁸ Para propósitos de este artículo, el enfoque será el perito que recibe honorarios por su servicio. El perito de ocurrencia se excluye por ser en esencia un testigo de hechos con conocimiento especializado. Entiéndase que este artículo se refiere siempre a el perito general y el perito intermedio, [en adelante colectivamente, *perito*].²⁹

Las clasificaciones mencionadas en el párrafo anterior dividen los peritos por su relación con los hechos del caso, desde un punto de vista jurídico. No obstante, existen en la práctica y coloquialmente otras categorías en las que se dividen los peritos. Estas categorías son: (i) el perito profesor; (ii) el perito profesional; y (iii) el perito ocasional.³⁰ El perito profesor es aquel que es experto en o retirado de la academia.³¹ El perito profesional es aquel que se sostiene económicamente, en todo o en parte por ser testigo perito en un área de su *expertise*.³² Por último, el perito ocasional es aquel que no es experto en testificar, pero tiene experiencia práctica extensa por haber trabajado en una industria relacionada con la controversia.³³

²⁶ *Id.*

²⁷ *Id.*

²⁸ *Id.*

²⁹ También se ha identificado al perito consultor que es aquel que “es consultado por una parte, pero no se espera que sea llamado a testificar en el juicio”. *SLG Font Bardón v. Mini-Warehouse*, 179 DPR 322, 338-39 (2010). No obstante, la responsabilidad de este no forma parte del análisis de este artículo.

³⁰ Ladd A. Hirsch, *A Pragmatic Approach to Retaining and Presenting Expert Witnesses: Picking All-Stars and Avoiding Busts*, 2012 A.B.A. SEC. LITIG., en la pág. 3. https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/litigation/materials/sac_2012/45-1_a_pragmatic_approach_to_presenting_expert_witnesses.authcheckdam.pdf (última visita 18 de abril de 2018).

³¹ *Id.*

³² Sobre este particular, Hirsch señaló que:

Professional experts can be found in a vast array of fields who hold themselves out as qualified to testify on seemingly endless numbers of topics. A number of on-line resources and data banks can be helpful in locating a professional expert. Trade groups and professional organizations such as the AMA (physicians) and the AICPA (accountants) can also serve as reliable resources to trial counsel in search of a qualified testifying expert. Further, there are organizations such as TASA that serve as clearinghouses for expert witnesses in a variety of fields, which can be accessed on the internet and via traditional means.

Id. en la pág. 4.

³³ *Id.* en la pág. 5 (“The occasional expert is like the accidental tourist – he has not studied to become a testifying expert specifically, and is not seeking opportunities to testify on the subject . . . likely works in, or has retired from, an industry in which he has extensive practical experience”).

B. Inmunidad del testigo

Se han identificado dos posibles obstáculos para el litigio por una acción de daños de esta naturaleza: (1) la caracterización del testimonio judicial como una comunicación privilegiada; y (2) la inmunidad judicial del testigo como se reconoce en el *common law*.³⁴ Ambas consideraciones se tratarán por separado para llegar a la conclusión que ninguna imposibilita absolutamente que se inicie una acción de daños contra un perito como resultado de su participación en un procedimiento judicial.

i. Testimonio judicial como una comunicación privilegiada

En Puerto Rico, al igual que en otras jurisdicciones, existen comunicaciones que no están sujetas a responsabilidad civil extracontractual. Por ejemplo, en los casos de difamación se reconocen inmunidades y privilegios que protegen a las expresiones de responsabilidad para adelantar intereses importantes.³⁵ El planteamiento es que una comunicación privilegiada no puede considerarse difamatoria, a pesar de que en otro contexto esa misma expresión sí lo sería.³⁶ En nuestro ordenamiento jurídico estas comunicaciones privilegiadas surgen originalmente de la *Ley de Libelo y Calumnia de 1902*.³⁷

La *Ley de Libelo y Calumnia de 1902* creó una acción civil por difamación en caso de expresiones maliciosas.³⁸ Posteriormente, el Tribunal Supremo de Puerto Rico [en adelante, *TSPR*] reconoció una acción de difamación al amparo del artículo 1802 del Código Civil que permitió ejercitar la misma acción sin tener que probar malicia.³⁹ Empero, la Ley estableció unas comunicaciones que no se presumirán

³⁴ Se toma conocimiento de que, como regla general, en Puerto Rico no existe una acción de daños como resultado de un pleito civil. Sin embargo, no se discute a fondo por entenderse que se refiere a una acción en represalia por el uso del procedimiento judicial *per se* y no se extiende sobre todo acto habido dentro del mismo. El planteamiento se basa en las expresiones del Tribunal en el caso de *Jiménez Álvarez v. Silén Maldonado*, 131 DPR 91, 97 (1992), al efecto de establecer la inexistencia y sustentarlo en la medida que “la sanción judicial por el uso indebido de los procedimientos legales se traduce en la condena en costas y honorarios de abogado y cuando proceda, intereses legales por temeridad dentro del mismo pleito”.

³⁵ *Id.* en la pág. 98.

³⁶ *Id.* en la pág. 100 (citando a *Díaz de la Torre v. Porto Rico RY., Light & Power Co.*, 63 DPR 808, 811 (1944)).

³⁷ *Ley de Libelo y Calumnia de 1902*, Ley del 19 de febrero de 1902, 32 LPR 3141-49 (2017).

³⁸ *Id.* § 3141. Señalamos que esta ley contiene rasgos del *common law*, según reconoció el TSPR en *Colón Pérez v. Televisión de PR*, 175 DPR 690, 702 (2009) (“Además, entendimos que al provenir dicho estatuto del **common law** lo propio era acudir a la jurisprudencia norteamericana para desarrollar las doctrinas aplicables”).

³⁹ *Colón Pérez*, 175 DPR en la pág. 701 (citando a *Romany v. El Mundo, Inc.*, 89 DPR 604, 617-18 (1963)).

maliciosas para propósitos de la acción. Entre estas “[n]o se tendrá por maliciosa, ni como tal se considerará la publicación que se hace en un procedimiento legislativo, judicial, u otro procedimiento cualquiera autorizado por la ley”.⁴⁰ Con esto en mente, el TSPR resolvió que las expresiones que forman parte del procedimiento judicial gozan de la condición de comunicaciones privilegiadas.⁴¹ Ya que hay un gran interés público en la administración de la justicia y el acceso a los tribunales, el privilegio se extendió a todo lo expresado en el procedimiento.⁴² El privilegio cubre tanto al juez, abogado y testigo en sus expresiones como parte de las alegaciones, declaraciones juradas o en corte abierta.⁴³ Sin embargo, en Puerto Rico, contrario al *common law*, es un privilegio condicionado, no absoluto.⁴⁴ La protección está sujeta a que lo expresado sea relevante a la controversia del litigio.⁴⁵

Ahora, aún en el supuesto que fuera absoluto, la acción por difamación es distinguible de la acción aquí propuesta. La acción contra el perito no versa específicamente sobre su expresión y su efecto en la reputación del demandante. Por tanto, la aplicación de estos privilegios, por razones que se expondrán más adelante, no es apropiada.

ii. Inmunidad judicial del testigo

Por otro lado, el *common law* ha reconocido por tiempo inmemorial la inmunidad de los jueces en acciones civiles y la ha extendido a los fiscales cuando actúan en funciones denominadas como cuasi-judiciales.⁴⁶ Dicha inmunidad se ha extendido a los testigos en la medida en que se les demanda por su testimonio en un procedimiento judicial.⁴⁷ Se trata de una inmunidad absoluta y le cierra las puertas del tribunal al pleito en su totalidad.⁴⁸ La inmunidad absoluta cobija a su acreedor de responsabilidad incluso cuando se trata de corrupción o malicia.⁴⁹ No obstante, la extensión de la inmunidad responde a un análisis funcional y no a la clasificación del demandado como un componente del juicio.⁵⁰

⁴⁰ 32 LPRA § 3144.

⁴¹ *Jiménez Álvarez v. Silén Maldonado*, 131 DPR 91, 98-99 (1992).

⁴² *Id.* en la pág. 99; *Meléndez Vega v. El Vocero de PR*, 189 DPR 123, 157 (2013).

⁴³ *Jiménez Álvarez*, 131 DPR en la pág. 99.

⁴⁴ *Meléndez Vega*, 189 DPR en la pág. 158 n.28.

⁴⁵ *Jiménez Álvarez*, 131 DPR en las págs. 99-100.

⁴⁶ *Briscoe v. LaHue*, 460 U.S. 325, 334-35 (1983) (citando a *Pierson v. Ray*, 386 U.S. 547 (1967); *Imbler v. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976)).

⁴⁷ *Briscoe*, 460 U.S. en las págs. 332-34.

⁴⁸ *Id.* en las págs. 331-32.

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ *Id.* en la pág. 342.

El Tribunal Supremo de Estados Unidos [en adelante, *TSEU*] ha resuelto que la extensión de la inmunidad judicial es producto de un análisis funcional independiente.⁵¹ El análisis de la inmunidad del testigo consideró que, sin la inmunidad absoluta, el testigo podría resistirse a testificar o inclinar su testimonio en el favor de una parte para evitar ser demandado.⁵² Bajo este mandato se le inmuniza absolutamente al testigo en cuanto a su testimonio, incluso a la etapa preparativa del mismo.⁵³ Se han exceptuado de esta protección conductas muy limitadas, como la fabricación de evidencia.⁵⁴ El TSEU no se ha expresado específicamente sobre la aplicación de esta inmunidad en cuanto a los peritos.

En Puerto Rico, la inmunidad judicial no es absoluta. En *Feliciano Rosado v. Matos*, el TSPR discutió extensamente la doctrina de inmunidad judicial.⁵⁵ Al invocarse la doctrina de inmunidad absoluta, el TSPR respondió con un análisis detenido del historial de la inmunidad judicial. La mayor objeción, dijo el TSPR, se fundó en el carácter absoluto de la inmunidad.⁵⁶ Luego de exponer la crítica a la inmunidad absoluta del *common law*, el TSPR discutió la doctrina al amparo de la tradición civilista. Las jurisdicciones civilistas tienden más a limitar la responsabilidad judicial, que a eliminarla.⁵⁷ Los jueces pueden ser responsables solo cuando media dolo, fraude o cohecho, por ejemplo.⁵⁸ Culminado este análisis, el TSPR recontó que la doctrina vigente en Puerto Rico al momento de la invasión norteamericana era la responsabilidad judicial de España.⁵⁹ Señaló también que el cambio de régimen, a pesar de haber instituido un sistema legal nuevo, ignoró por completo este detalle.⁶⁰ Ante la omisión de una norma nueva, el TSPR entendió que no podía imputarse al ordenamiento haber eliminado por completo la responsabilidad judicial.⁶¹ Por tanto, el TSPR se negó a adoptar la doctrina de inmunidad absoluta del *common law* para Puerto Rico.⁶² Finalmente, el TSPR resolvió que:

La ausencia de regulación específica en el ordenamiento vigente solo significa, a nuestro entender, que el legislador dio por sentado que ésta no era

⁵¹ *Rehberg v. Paulk*, 566 U.S. 356, 363 (2012).

⁵² *Id.* en la pág. 367 (explicando a *Briscoe*, 460 U.S. en la pág. 325).

⁵³ *Rehberg*, 566 U.S. en las págs. 369-70.

⁵⁴ *Id.* en la pág. 370 n.1.

⁵⁵ 110 DPR 550, 553-69 (1981).

⁵⁶ *Id.* en la pág. 555.

⁵⁷ *Id.* en las págs. 560-61.

⁵⁸ *Id.* en la pág. 561.

⁵⁹ *Id.* en la pág. 563.

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ *Id.* en las págs. 564-65 (“No parece lógico, entonces, imputarle al legislador la intención de excluir absolutamente de responsabilidad al juez que actúa movido por perversidad, cohecho o intención a dañar”).

⁶² *Id.* en las págs. 568-69.

necesaria. La 5^{na} norma general es que existe responsabilidad en todo caso que medie culpa o negligencia, y no podría interpretarse válidamente que se creó una excepción con el mero silencio. *La ausencia de regulación específica solo tiene el efecto de remitir toda controversia sobre responsabilidad judicial a la norma general de daños contenida en el Art. 1802 del Código Civil*. No existe impedimento alguno para que este Tribunal reconozca y configure jurisprudencialmente una norma adecuada de responsabilidad para este supuesto, tal y como anteriormente ha reconocido causas de acción bajo dicho artículo.⁶³

La norma resultante provee una acción de daños contra un juez al amparo del artículo 1802 del Código Civil, cuando este actúa de forma maliciosa o corrupta en el desempeño de su función judicial, siempre que los mismos actos que fundan la acción dan lugar a una condena penal o redundan en la destitución del juez.⁶⁴ De esta manera, el TSPR pretendió atender las consideraciones de política pública que conlleva la inmunidad judicial sin dejar totalmente al margen de la justicia a los jueces.⁶⁵ Posteriormente, al igual que en el *common law*, esta inmunidad del juez se extendió al fiscal.⁶⁶ El TSPR en ambos casos invocó consideraciones de política pública para justificar el rechazo de la inmunidad absoluta del *common law*, y reiteró su compromiso a conciliar los intereses encontrados entre salvaguardar el proceso judicial y resarcir el daño.⁶⁷

En Puerto Rico, contrario a Estados Unidos, no ha habido ocasión para extender la inmunidad judicial al testigo. A pesar de que el TSPR no se ha expresado al respecto, un análisis de la doctrina de inmunidad en ambas jurisdicciones lleva a la conclusión lógica que en Puerto Rico la inmunidad judicial se extenderá en su momento al testigo. Sin embargo, la inmunidad del testigo no será una absoluta, sino una inmunidad limitada o condicional. No obstante, aún en el supuesto que la inmunidad fuera absoluta, la distinción conceptual entre el testigo y el perito amerita que este sea excluido de la misma.

⁶³ *Id.* en la pág. 565 (citas omitidas) (énfasis suplido).

⁶⁴ *Id.* en las págs. 568-69.

⁶⁵ *Id.* en la pág. 568.

⁶⁶ Romero Arroyo v. ELA, 127 DPR 724, 741 (1991).

⁶⁷ *Id.* en las págs. 741-74 (“En el amplio ámbito del Art. 1802 del Código Civil, pueden conciliarse los intereses sociales en conflicto: el interés de compensar aquel ciudadano que genuinamente ha sufrido un daño y el interés de permitirle al Ministerio Público vindicar enérgicamente los agravios que padece la sociedad sin refrendar actuaciones corruptas”). Véase también Feliciano Rosado, 110 DPR en la pág. 568 (“No existe en tales supuestos, razón alguna de política pública o de orden social que trabe la eficacia y el rigor del Art. 1802 del Código Civil. Debidamente protegida la función judicial, y claramente delimitados los supuestos de operación de dicha norma, no puede haber reparo alguno en su aplicación”).

iii. La inmunidad del testigo y la responsabilidad del perito en otras jurisdicciones

En varias jurisdicciones estadounidenses se ha discutido la distinción del testigo del perito para permitir o prohibir una acción de daños contra un perito negligente.⁶⁸ Algunas de estas jurisdicciones han concluido que el perito no merece la misma protección contra responsabilidad civil extracontractual que tiene un testigo ordinario. En el caso de Estados Unidos, la el máximo foro judicial no se ha expresado en torno a esto, pero sí observamos que la corte suprema del Reino Unido, la cuna del *common law*, ha tenido ocasión de hacerlo.

a. El caso de Luisiana

En el 2002, el Tribunal Supremo de Luisiana [en adelante, *TSLa*], cuyo Código Civil tiene una estrecha relación con el nuestro, tuvo ante sí la pregunta de inmunidad del perito.⁶⁹ Este tribunal resolvió que la inmunidad del testigo no prohíbe una acción contra un testigo perito, que se inicia por la parte que lo contrato para sus servicios en el litigio.⁷⁰ La opinión de *Marrogi v. Howard* surgió de una certificación interjurisdiccional solicitada por el quinto circuito de la corte federal de Estados Unidos.⁷¹

El caso de *Marrogi v. Howard* comenzó con un pleito de cobro de dinero. El Dr. Marrogi instó una acción en la corte estatal de Luisiana contra la Escuela de Medicina de la Universidad de Tulane [en adelante, *Tulane*] para cobrar dinero que alegadamente se le debía por servicios médicos rendidos.⁷² Para ello, Dr. Marrogi contrató a Ray Howard & Associates [en adelante, *Howard*], una firma de

⁶⁸ Randall K. Hanson, *Witness Immunity Under Attack: Disarming "Hired Guns"*, 31 WAKE FOREST L. REV. 497, 499-509 (1996).

⁶⁹ Específicamente, el Tribunal Supremo de Luisiana atendió la siguiente controversia:

Does witness immunity bar a claim against a retained expert witness asserted by a party who in prior litigation hired that expert, which claim arises from the expert's allegedly deficient performance of his duties to provide litigation services, such as the formulation of opinions and recommendations and to give testimony before or during a trial?

Marrogi v. Howard, 805 So.2d 1118, 1128 (La. 2002).

⁷⁰ El tribunal esbozó lo siguiente:

We therefore answer the question certified to us in the negative: Witness immunity or privilege in Louisiana does not bar a claim against a retained expert witness asserted by a party who in prior litigation retained the expert, which claim arises from the expert's allegedly negligent performance of his agreed upon duties to provide litigation support services.

Id. en la pág. 1133.

⁷¹ *Id.* en la pág. 1120.

⁷² *Id.*

consultoría con *expertise* en codificación y facturación médica.⁷³ Los deberes del experto contratado eran: revisar informes de patología, someter informes y affidavits para uso en el litigio, testificar en deposiciones y en el mismo juicio.⁷⁴ Entiéndase, que fue contratado para ayudar en la preparación del juicio y como testigo perito. Howard preparó un informe en el cual concluyó que Tulane había pagado sobre de \$200,000 por debajo de lo que le correspondía al Dr. Marrogi.⁷⁵

En una vista, Tulane señaló varios errores matemáticos en el informe de Howard, y este admitió que en efecto fueron cometidos.⁷⁶ Los errores redundaron en casi \$200,000 de diferencia. Subsecuentemente, Howard se comunicó con el representante legal del Dr. Marrogi y le informó que dejaría de proveer sus servicios.⁷⁷ El caso se desestimó.⁷⁸ Posteriormente, el Dr. Marrogi presentó una acción contra Howard en el Tribunal federal por negligencia e incumplimiento de contrato, o en la alternativa enriquecimiento injusto.⁷⁹ Howard levantó como defensa la inmunidad absoluta del testigo y solicitó la desestimación del caso.⁸⁰

El TSLa comenzó su análisis con la afirmación que la inmunidad del testigo es una excepción a la responsabilidad civil extracontractual, particularmente, por virtud del lenguaje abarcador de su articulado de daños y perjuicios.⁸¹ Razonó que ese caso, no se trata de crear una excepción a la inmunidad sino de no extender una norma excepcional más allá de lo necesario. El TSLa explicó que los testigos, como el jurado, actúan conforme a un deber público y obedecen la autoridad de la ley al presentarse en juicio.⁸² Por tal razón, se les extiende la inmunidad judicial condicionada a que el testimonio sea pertinente a la controversia.⁸³ Mencionó también que en Luisiana se había extendido ya la

⁷³ *Id.*

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ *Id.*

⁷⁶ *Id.*

⁷⁷ *Id.* en la pág. 1121.

⁷⁸ *Id.*

⁷⁹ *Id.*

⁸⁰ *Id.*

⁸¹ *Id.* en la pág. 1131 (“Witness immunity itself is an exception to tort liability, and thus should be narrowly construed”) (citando a LA. CIV. COD. ANN. art. 2315 (“Every act whatever of man that causes damage to another obliges him by whose fault it happened to repair it.”)).

⁸² Sobre ello, el tribunal indicó que:

Witnesses, like jurors, appear in court in obedience to the authority of the law, and therefore may be considered as well as jurors to be acting in the discharge of a public duty, and though they are liable to prosecution for perjury or for conspiracy to give false testimony, they are not responsible in a civil action for any reflections thrown out in delivering their testimony.

Id. en las págs. 1124-25 (alteración en el original) (citas omitidas).

⁸³ *Id.* en la pág. 1126.

protección del testigo más allá de las causas por difamación e incluso al testigo perito de la parte adversa.⁸⁴

Con todo esto dicho, el TSLa decidió que la política que subyace en la norma de inmunidad es que el testigo tiene que ser libre a expresarse sin miedo a litigio en su contra, para que pueda contribuir a la búsqueda de la verdad.⁸⁵ Sin embargo, resolvió que ese objetivo no se avanza mediante la inmunización de la incompetencia del perito de una parte.⁸⁶ Consideró que sería de más beneficioso librar al sistema de peritos incompetentes.⁸⁷

Finalmente, el TSLa resolvió que a Howard no le cobijaba la inmunidad del testigo. Expuso el tribunal que el Dr. Marrogi no alegó que Howard fue negligente por formular una opinión, sino en la formulación de esta.⁸⁸ Posteriormente, en los circuitos se ha discutido muy poco la norma establecida por *Marrogi v. Howard*.⁸⁹

⁸⁴ En particular, esbozó que:

In sum, the privilege of absolute witness immunity is an exception to tort liability under La. Civ. Code art. 2315. Louisiana courts have narrowly tailored the exception to protect the particular interests involved. In the case of adverse witnesses, both non-volunteer witnesses and expert witnesses, we have identified the protected interest as the administration of justice and its objective to uncover the truth.

Id. en las págs. 1126-28.

⁸⁵ *Id.* en la pág. 1131.

⁸⁶ Específicamente, arguyó lo siguiente:

The policy underlying that rule is that witnesses must be permitted to speak freely and without fear of exposure to vexatious litigation where a search for the truth is before the fact-finder. However, that laudable objective is not advanced by immunizing the incompetence of a party's retained expert witness simply because he or she provides professional services, including testimony, in retaliation to a judicial proceeding.

Id.

⁸⁷ *Id.* en la pág. 1132 (“The benefit to the judicial system in the rule we announce today is a practical one: riding the system of incompetent experts and ensuring that reliable opinion testimony is presented to the fact-finder”).

⁸⁸ *Id.*

⁸⁹ *Molaison v. Lukinovich*, 142 So.3d 342 (La. Ct. App. 2014) (diferenciando un profesional contratado antes del litigio y que termina testificando en contra de sus clientes, de un perito contratado para servicios de litigio y testimonio); *Bernberg v. Strauss*, 999 So.2d 1184 (La. Ct. App. 2008) (reiterando que no aplica la norma de *Marrogi v. Howard* al perito de la parte adversa); *Todd v. Agelloz*, 844 So.2d 316 (La. Ct. App. 2003) (resolviendo que un psiquiatra asignado por el tribunal no cae bajo la norma de *Marrogi v. Howard*, y está protegido por la inmunidad judicial).

b. El caso de Pensilvania

En el 1999, el Tribunal Supremo de Pensilvania [en adelante, *TSPa*] resolvió que la inmunidad del testigo no excluye que se responsabilice a un perito por negligencia.⁹⁰

El caso de *LLMD of Michigan, Inc. v. Jackson-Cross Co.*, comenzó cuando LLMD of Michigan Inc. [en adelante, *Wintoll*, por su designación en el caso] demandó al Marine Midland Realty Credit Corporation [en adelante, *Marine*] por incumplimiento contractual.⁹¹ Para esta demanda, Wintoll contrató a Jackson-Cross Co. [en adelante, *Jackson-Cross*] como expertos en la *profit loss* para asesorar en cuanto a los daños. Jackson-Cross preparó una propuesta de sus servicios, los cuales incluían cuantificar daños, preparar un bosquejo del método y las conclusiones, y participar en las conferencias con antelación al juicio, deposiciones y el juicio.⁹²

Una vez preparados los cálculos, se sometió al experto de Wintoll a un contrainterrogatorio. En este, Marine logró establecer que había errores en los cálculos, pero el experto no pudo explicar ni corregirlos, pues él no preparó el informe.⁹³ Marine presentó una moción para suprimir el informe y el testimonio. Esta fue concedida.⁹⁴ Sin el testimonio del experto, Wintoll se vio obligado a transar el litigio. Posteriormente, Wintoll demandó a Jackson-Cross por impericia profesional. Jackson-Cross levantó la inmunidad del testigo en instancia, pero fue denegada. Por otros fundamentos, el tribunal desestimó la acción.⁹⁵ En alzada, otro tribunal confirmó la decisión del tribunal inferior, pero por otro fundamento: que la acción estaba vedada por la inmunidad del testigo.⁹⁶

La controversia que llegó al TSPa fue si la inmunidad del testigo se extiende para impedir una acción por impericia profesional contra un perito contratado para servicios relacionados a un litigio.⁹⁷ El TSPa comenzó su análisis de la inmunidad

⁹⁰ *LLMD of Michigan, Inc. v. Jackson-Cross Co.*, 740 A.2d 186, 191 (Pa. 1999) (“Therefore we find that the witness immunity doctrine does not bar [Plaintiff’s] professional malpractice action against [the expert].”).

⁹¹ *Id.* en la pág. 186.

⁹² *Id.* en las págs. 186-87.

⁹³ *Id.* en la pág. 187.

⁹⁴ *Id.*

⁹⁵ *Id.*

⁹⁶ *Id.* en la pág. 188.

⁹⁷ *Id.* (“We granted Wintoll’s petition for allowance of appeal to address the issue of whether the doctrine of witness immunity extends to bar professional malpractice actions against professionals hired to perform services related to litigation”).

⁹⁸ Resumió el razonamiento del privilegio como sigue:

The reasons for the absolute privilege are well recognized. A judge must be free to administer the law without fear of consequences. This independence would be impaired were he to be in

con una discusión de las razones del privilegio en el contexto de la difamación.⁹⁸ El tribunal reconoció el imperativo de proteger el testimonio de un testigo en el proceso judicial. En particular reconoció que permitir la acción contra el testigo daría lugar a dos formas de censura propia: (1) el testigo podría estar reacio a testificar; y (2) podría distorsionar su testimonio para favorecer una parte y evitar litigio.⁹⁹ Dijo este tribunal que esta inmunidad se ha extendido a otras acciones, aparte de la difamación, en ocasiones en que la misma política subyacente se avanza por ello.¹⁰⁰

Por estas razones, un perito no puede ser demandado porque la parte que lo contrata queda insatisfecha con su testimonio. El perito necesita la libertad de expresar sus opiniones profesionales sin temor a ser demandado por un resultado desfavorable.¹⁰¹ Por tanto, las alegaciones no tratan de la sustancia del testimonio *per se*, sino de las actuaciones negligentes que la formulan y la inobservancia del cuidado requerido por la profesión.¹⁰² No obstante, deja claro que las puertas del

a daily apprehension of defamation suits. The privilege is also extended to parties to afford freedom of access to the courts, to witnesses to encourage their complete and unintimidated testimony in court and to counsel to enable him to best represent his client's interests.

Id. en las págs. 188-89.

⁹⁹ *Id.* en la pág 189 (“A witness’ apprehension of subsequent damages liability might induce to forms of self-censorship. First, the witness might be reluctant to come forward to testify. And once a witness is on the stand, his testimony might be distorted by the fear of subsequent liability”).

¹⁰⁰ *Id.*

¹⁰¹ Hizo hincapié en lo siguiente:

It is imperative that an expert witness not be subjected to litigation because the party who retained the expert is dissatisfied with the substance of the opinion rendered by the expert. An expert witness must be able to articulate the basis for his or her opinion without fear that a verdict unfavorable to the client will result in litigation, even where the party who has retained the expert contends that the expert's opinion was not fully explained prior to trial.

Id. en la pág. 190.

¹⁰² Resalta este contraste en las siguientes expresiones:

We are unpersuaded, however, that those policy concerns are furthered by extending the witness immunity doctrine to professional negligence actions which are brought against an expert witness when the allegations of negligence are not premised on the substance of the expert's opinion.

. . . .

The goal of ensuring that the path to truth is unobstructed and the judicial process is protected, by fostering an atmosphere where the expert witness will be forthright and candid in stating his or her opinion, is not advanced by immunizing an expert witness from his or her negligence in formulating that opinion. The judicial process will be enhanced only by requiring that an expert witness render services to the degree of care, skill and proficiency commonly exercised by the ordinarily skillful, careful and prudent members of their profession.

Id. en la pág. 191.

tribunal se abren con cautela a estas acciones. No es suficiente que se presenten opiniones de autoridad que contradigan el testimonio del perito, sino que requiere verdadera negligencia en la preparación.¹⁰³

c. El caso de Missouri

En el 1992, el Tribunal Supremo de Missouri [en adelante, *TSMo*] también resolvió que la inmunidad del testigo no cobija al profesional que decide proveer servicios de litigio y los rinde negligentemente.¹⁰⁴

El caso *Muprhy v. A.A. Mathews*, se originó en un proceso de arbitraje traído por American Drilling Service Company Liquidating Trust [en adelante, *American*] contra Zurn Industries Inc. [en adelante, *Zurn*]. El proceso de arbitraje versaba sobre la facturación de compensación adicional que resultó de problemas de construcción.¹⁰⁵ American contrató a A.A. Mathews [en adelante, *Mathews*], una firma de ingenieros, para que proveyera servicios para el proceso de arbitraje, lo cual incluyó preparar la reclamación de compensación adicional y presentarlo de ser necesario.¹⁰⁶ Mathews testificó que a American se le debía más de \$4,800,000 en compensación adicional, pero los árbitros solo concedieron un poco más de \$1,100,000.¹⁰⁷

American demandó a Mathews por negligencia en su desempeño profesional, particularmente en la preparación de los documentos de manera que no sustentaban suficiente las reclamaciones.¹⁰⁸ La controversia que llegó al TSMo fue si la inmunidad del testigo se extiende a acciones de impericia contra profesionales contratados para servicios de apoyo en el litigio.¹⁰⁹

El tribunal dijo que en Missouri la norma general es que un profesional le debe a su cliente el grado de cuidado y destreza que ejerce comúnmente un profesional prudente y ordinario.¹¹⁰ Entonces entró a examinar la historia de la inmunidad del testigo, trazada desde el *common law* inglés. Al igual que en otras jurisdicciones, el TSMo reconoció que la inmunidad es una excepción a la regla

¹⁰³ *Id.* en la pág. 191 (“We caution, however, that our holding that the witness immunity doctrine does not preclude claims against an expert witness for professional malpractice has limited application. An expert witness may not be held liable merely because his or her opinion is challenged by another expert or authoritative source”).

¹⁰⁴ *Murphy v. A.A. Mathews*, 841 S.W.2d 671, 682 (Mo. 1992) (“We find no reason or principle of public policy justifying the extension of witness immunity to professionals retained for litigation support services”).

¹⁰⁵ *Id.* en la pág. 672.

¹⁰⁶ *Id.*

¹⁰⁷ *Id.*

¹⁰⁸ *Id.*

¹⁰⁹ *Id.* en la pág. 674.

¹¹⁰ *Id.*

general de responsabilidad.¹¹¹ Incluso, analizó las instancias en las cuales no aplica la inmunidad del testigo en Missouri. En este estado la inmunidad está limitada por dos requisitos: (1) las expresiones del testigo que sean protegidas deben ser relevantes al procedimiento y (2) el tribunal tiene que haber tenido jurisdicción en ese proceso.¹¹² Si no se cumple con alguno de estos dos requisitos, la inmunidad del testigo se convierte en una cualificada o condicionada, y de establecerse malicia, queda derrotada la inmunidad.¹¹³

El TSMo analizó con algo de profundidad los casos en los cuales otras jurisdicciones atendieron el asunto y cómo estas resolvieron la interrogante.¹¹⁴ No obstante, el TSMo basó su decisión en que la participación del perito en un litigio es profesional y distinta al testigo de hechos.¹¹⁵

El análisis del TSMo fue un poco más lejos para determinar dónde recae el deber jurídico del perito. Este determinó que el rol del perito es más cercano al de un abogado que al de un testigo ordinario.¹¹⁶ Esta comparación surgió por el extenso trabajo que puede realizar un experto en preparación para un litigio y por el hecho que se le contrata para avanzar la defensa o la acción de una de las partes. Al final resolvió que Mathews no podía cobijarse en la inmunidad de un testigo, ya que él acordó voluntariamente proveer su servicio para asistir en la preparación del caso.¹¹⁷

¹¹¹ *Id.* en la pág. 680.

¹¹² *Id.* en la pág. 676.

¹¹³ *Id.*

¹¹⁴ *Id.* en las págs 676-80 (citando a *Bruce v. Byrne-Stevens & Associates Engineers, Inc.* 776 P.2d 666 (Wa. 1989) (extiende la inmunidad); *Levine v. Wiss & Co.*, 478 A.2d 397 (NJ 1984) (no extiende la inmunidad); *James v. Brown*, 637 S.W.2d 914 (Tx. 1982) (no extiende la inmunidad); *Mattco Forge, Inc. v. Arthur Young & Co.*, 6 Cal.Rptr.2d 781 (1992) (no extiende la inmunidad)).

¹¹⁵ Basó su análisis en lo siguiente:

Our decision is based particularly upon the commercial relationship assumed by the professional and his or her role as an advocate. Expert witnesses have taken on a growing role in modern litigation. Not only do they testify in more and more cases, but they also play a substantial role in case preparation. Often they play as great a role in the organization and shaping and evaluation of their client's case as do the lawyers. Those who provide these services are selected for their skill and ability and are compensated accordingly just as any other professional. More often than not, their role is as an advisor and advocate as opposed to an objective and independent witness.

Id. en la pág. 682.

¹¹⁶ *Id.* en las págs. 681-82.

¹¹⁷ Describió este contraste como sigue:

In short, Mathews was not an independent fact or opinion witness with information to be presented to the court in an objective manner. Mathews agreed to provide its expert services to American to assist it in the preparation of its claims. Mathews voluntarily agreed to provide these services and assume the duty of care of a skillful professional in exchange for a \$350,000 fee.

Id.

d. El caso del Reino Unido

En el 2011, el Tribunal Supremo del Reino Unido [en adelante, *TSUK*], resolvió la interrogante de si un perito estaba protegido por la inmunidad del testigo contra una demanda por responsabilidad civil por su negligencia en la preparación para un juicio.¹¹⁸ En *Jones v. Kaney*, con dos votos disidentes, el TSUK eliminó por completo la inmunidad del testigo perito cuando el demandante es la parte que lo contrata.¹¹⁹

Los hechos que dieron lugar a la controversia son como sigue. En una demanda por daños y perjuicios causados por un accidente de tránsito, el demandante contrató a una perita psiquiatra para que testificara sobre su estado mental. La perita examinó al demandante y preparó un informe en el cual expresó que este sufría de *post traumatic stress disorder* [en adelante, *PTSD*].¹²⁰ Posteriormente, la corte ordenó que los expertos de las partes se reunieran para escribir un informe conjunto sobre el estado del demandante. La conferencia se hizo por teléfono. El experto de la parte demandada redactó el informe y la experta del demandante lo firmó sin alteraciones. Luego resultó que este fue muy dañino para el caso del demandante y que el informe no reflejaba lo que se discutió en la conferencia. El informe decía que el demandante claramente no sufría de PTSD y que daba la impresión de que este intentaba engañar a la corte.¹²¹ El demandante intentó reemplazar su perita, pero la corte no se lo permitió. Como resultado, tuvo que transar por una cantidad sustancialmente menor de la que hubiera conseguido.¹²² Por esto, demandó a la perita por negligencia en su desempeño profesional.

La opinión mayoritaria esbozada por Lord Phillips comenzó con un breve recuento del estado de derecho hasta ese momento. A esos efectos, delineó la larga historia de la inmunidad del testigo, la cual tiene sus orígenes en la inmunidad absoluta en las acciones por difamación. Dijo que este privilegio luego se extendió a otras acciones.¹²³ Lord Phillips identificó tres justificaciones principales para la inmunidad del testigo: (i) proteger a los testigos que han dado evidencia de buena fe del acoso de reclamaciones injustificadas; (ii) alentar que personas honestas y bien intencionadas asistan a la justicia en el interés de establecer la verdad y

¹¹⁸ *Jones v. Kaney* [2011] UKSC 13, [2] (appeal taken from QB), https://www.supremecourt.uk/decided-cases/docs/UKSC_2010_0034_Judgment.pdf (“Inevitably, however, his submissions have raised the broader issue of whether public policy justifies conferring on an expert any immunity from liability in negligence in relation the performance of his duties”).

¹¹⁹ *Id.*

¹²⁰ *Id.* ¶¶ 4-6.

¹²¹ *Id.* ¶¶ 7-8.

¹²² *Id.* ¶ 10.

¹²³ *Id.* ¶¶ 11-13.

asegurar que se haga justicia; y (iii) asegurar que el testigo hable libremente y sin miedo.¹²⁴

Sobre la extensión de la inmunidad al testigo perito, estableció que hay una distinción significativa: que el perito decide proveer sus servicios y voluntariamente adquiere un deber hacia su cliente por una compensación.¹²⁵ En este sentido, consideró que el perito se acercaba más a un abogado que a un testigo de hechos.¹²⁶ Por esa línea, discutió la historia detrás de la inmunidad del abogado y su eventual desuso. Señaló que en el *common law*, el abogado gozó en su momento de la misma inmunidad que un juez o un testigo, pero que eventualmente se reconoció que la inmunidad del abogado se limitaba a los casos por difamación y se aceptó la demanda por negligencia en su contra.¹²⁷ Luego, discutió el deber del perito y sus similitudes al del abogado, tema que se discutirá más adelante en este artículo. Finalmente, al preguntarse si se justifica la extensión, con este contexto en mente, Lord Phillips citó expresiones anteriores sobre la excepcionalidad de la inmunidad y aseveró: “It would not be right to start with the presumption that because the immunity exists it should be maintained unless it is shown to be unjustified. The onus lies fairly and squarely on the respondent to justify the immunity behind which she seeks to shelter.”¹²⁸

iv. La inaplicabilidad de la inmunidad del testigo

Cabe señalar antes de entrar en los méritos del argumento, que la inmunidad es un supuesto excepcional y, por tal razón, la pregunta de su extensión no consta de una presunción a rebatir. En el caso que no se ha previsto la inmunidad, el peso debe caer sobre la parte que solicita la inmunidad y no sobre la parte que niega su aplicabilidad. El silencio no debe ser fuente de derecho para conceder la inmunidad.

Como se discutió anteriormente, un testigo tiene inmunidad contra demandas por su testimonio judicial. La inmunidad que provee la condición de comunicación privilegiada es parte de la doctrina de la acción por difamación. La difamación

¹²⁴ *Id.* ¶ 16 (“(i) To protect witnesses who have given evidence in good faith from being harassed and vexed by unjustified claims; (ii) To encourage honest and well meaning persons to assist justice; in the interest of establishing the truth and to secure that justice may be done; (iii) To secure that the witness will speak freely and fearlessly”). (citas omitidas).

¹²⁵ *Id.* ¶ 18 (“A significant distinction between an expert witness and a witness of fact is that the former will have chosen to provide his services and will voluntarily have undertaken duties to his client for reward under contract whereas the latter will have no such motive for giving evidence”).

¹²⁶ *Id.* ¶ 26 (“Before considering whether this Court should allow the law to stand where it is I turn to consider what lessons are to be learned from the position of advocates, for the courts have both compared and contrasted the position of advocates with the position of the expert witness”).

¹²⁷ *Id.* ¶ 34 (“In *Hall v. Simons* the House of Lords swept away the advocate’s immunity from liability in negligence, in court and out, albeit not their privilege from claims for defamation”).

¹²⁸ *Id.* ¶ 51.

versa sobre expresiones del demandado que perjudican la honra y reputación del demandante.¹²⁹ Cada comunicación privilegiada está revestida de un alto interés público que justifica su clasificación.¹³⁰ La importancia del interés determina el grado de la inmunidad que se le provee.¹³¹ Por otro lado, el *common law* basa su extensión de la inmunidad judicial al testigo en un análisis funcional.¹³² Este se centra sobre la función de la persona que invoca la inmunidad y su rol dentro del proceso judicial. El TSEU ha resuelto que, sin inmunidad absoluta, se vería perjudicada la búsqueda de la verdad del proceso judicial, dado que los testigos estarían reacios a dar testimonio o inclinados a matizar su testimonio de manera que favorezca al posible futuro demandante.¹³³ Debido a que ambas inmunidades surgen de consideraciones similares, en el supuesto del perito, pueden rechazarse en conjunto.

a. Difamación vis a vis impericia profesional

Primeramente, distinto a una acción por difamación, la acción aquí propuesta es una por impericia profesional. La acción de difamación busca castigar la expresión falsa que cause daño a su sujeto. Por tal razón, la comunicación privilegiada es una defensa que responde al deseo de proteger un tipo de expresión, por encima de la honra del difamado. En sus orígenes, esta protección para el testigo busca evitar que sea acosado por la otra parte, si el litigio resultara desfavorable. La acción por impericia profesional ataca y protege diferentes acciones y valores sociales. Si fuere una acción contra un perito, no sería la expresión per se del perito la que se busca sancionar sino su negligencia profesional; y lo que se busca resarcir no es el daño a la honra del demandante.

Para mejor ilustrar la distinción que pretendemos hacer, y haciendo eco a las expresiones del TSUK, aludimos a la acción por impericia profesional del abogado. Nuestro ordenamiento reconoce que un abogado tiene la protección absoluta de la comunicación privilegiada contra acciones por difamación por sus expresiones en el juicio.¹³⁴ Sin embargo, esto no es un impedimento para una demanda por impericia legal. En *Colón Prieto v. Geigel*, el TSPR reconoció la acción por impericia legal profesional.¹³⁵ Sin discutir en lo absoluto el privilegio de las comunicaciones judiciales, el TSPR esbozó la acción por impericia del abogado. Esto ilustra que el

¹²⁹ *Meléndez Vega v. Vocero*, 189 DPR 123, 147 (2013); *Jiménez Álvarez v. Silén Maldonado*, 131 DPR 91, 97 (1992).

¹³⁰ *Jiménez Álvarez*, 131 DPR en la pág. 98.

¹³¹ *Id.* en la pág. 97.

¹³² *Briscoe v. LaHue*, 460 U.S. 325, 334-35 (1983).

¹³³ *Rehberg v. Paulk*, 566 U.S. 356, 367 (2012) (citando a *Briscoe*, 460 U.S. en la pág. 333).

¹³⁴ *Jiménez Álvarez*, 131 DPR en la pág. 99.

¹³⁵ 115 DPR 232 (1984).

hecho que una labor profesional negligente resulte en una expresión, oral o escrita, que forme parte del proceso judicial, no necesariamente inhibe a la parte afectada de solicitar reparación.

En el caso de Reino Unido, contrario a Puerto Rico, sí había establecida una inmunidad que cobijaba al perito en un juicio. No obstante, en *Jones v. Kaney*, el TSUK consideró que las similitudes entre el abogado y perito ameritaban eliminar la inmunidad que anteriormente se le había otorgado al perito.¹³⁶ Históricamente, en el Reino Unido, tanto el perito como el abogado contaban con inmunidad judicial, pero esta fue eliminada. El TSUK encontró que había poca conexión entre la responsabilidad por lo dicho en el tribunal y la inmunidad por negligencia.¹³⁷ Para diferenciar el abogado del testigo y del juez, para propósitos de la inmunidad judicial, el TSUK contempló el deber jurídico de cada cual. Acertó que el testigo y el juez no tienen un deber de cuidado a una de las partes, contrario al abogado.¹³⁸ Dijo que, en esto se asemeja el perito al abogado, pues se obliga a proveer servicios al cliente y esto conlleva un deber de cuidado.¹³⁹

Al igual que con el abogado, aplicarle la doctrina de comunicación privilegiada sería una sobre-extensión de este privilegio, que de por sí es una norma de excepción en nuestro ordenamiento. Una acción por impericia no es una acción por difamación y no se protegerían necesariamente los mismos intereses en ambos casos. No sería apropiado proteger con el mismo fervor la expresión que la negligencia profesional.

b. Testigo *vis a vis* perito

Por otro lado, y como ya se ha adelantado, hay una diferencia entre el rol de un testigo y el del perito. En *San Lorenzo Trading Co. v. Hernández*, el TSPR expuso que hay notables distinciones:

1. El testigo generalmente es casual. Viene en contacto con un hecho o suceso en virtud de una relación extrajudicial de modo accidental, a

¹³⁶ [2011] USKC 13, ¶¶ 26-37.

¹³⁷ *Jones v. Kaney*, [2011] USKC 13, [35].

¹³⁸ Este contraste lo detalló en que:

A witness owes no duty of care to anyone in respect of the evidence he gives to the court. His only duty is to tell the truth. There seems to me no analogy with the position of a lawyer who owes a duty of care to his client. Nor is there in my opinion any analogy with the position of the judge. The judge owes no duty of care to either of the parties. He has only a public duty to administer justice in accordance with his oath. The fact that the advocate is the only person involved in the trial process who is liable to be sued for negligence is because he is the only person who has undertaken a duty of care to his client.

Id. ¶ 36.

¹³⁹ *Id.* ¶ 50. Véase Mary Virginia Moor et al, *Liability in Litigation Support and Courtroom Testimony: Is It Time to Rethink the Risks?*, 9 J. LEGAL ECON. 53, 56 (1999).

veces fortuita. Por el contrario, el perito regularmente es seleccionado por una parte o el tribunal. Desconoce los hechos con anterioridad y formula una apreciación con posterioridad al proceso.

2. Los testigos solo declaran lo percibido por sus sentidos y relatan hechos. El perito intencionalmente los examina y evalúa. . . .
-
3. Como regla general, el testimonio de un perito es reemplazable. El de un testigo presencial de hechos no.¹⁴⁰

Como puede observarse, a diferencia de un testigo de hechos, el perito cobra por sus servicios en el litigio. Su testimonio no resulta de su conocimiento personal de los hechos, sino de su conocimiento profesional. Por su estatus de experto, tiende a ser un testigo mucho más poderoso en un litigio que un testigo de hechos.¹⁴¹ Al estar vinculado a su profesión, se espera que el testimonio cumpla con un estándar y este recibe compensación por ello. De igual manera, su testimonio no es compulsorio, sino que resulta de su contratación por una de las partes del litigio o el mismo tribunal.

Las jurisdicciones citadas anteriormente concurren con este análisis. En especial, señalamos las expresiones del TSKU. Este indicó que contrario a un testigo, el perito voluntariamente ofrece sus servicios a cambio de remuneración y por tal adquiere un deber de cuidado.¹⁴² Resolvió que un testigo no tiene un deber de cuidado y que un perito no puede tratarse como testigo en el caso que viole su deber jurídico.¹⁴³ Algunos tratadistas españoles también distinguen al perito del testigo.¹⁴⁴

¹⁴⁰ 114 DPR 704, 712-13 (1983). Dice también el TSPR que “[l]a dicotomía no es absoluta” refiriéndose a la persona que acumula las cualidades de ambos perito y testigo. Empero, este análisis no tiene lugar aquí, ya que se ha excluido anticipadamente al perito de ocurrencia de la discusión.

¹⁴¹ Christopher M. McDowell, *Authorizing the Expert Witness to Assassinate Character for Profit: A Reexamination of the Testimonial Immunity of the Expert Witness*, 28 U. MEM. L. REV. 239, 259-266 (1997).

¹⁴² *Jones v. Kaney* [2011] UKSC 13, [18] (“A significant distinction between an expert witness and a witness of fact is that the former will have chosen to provide his services and will voluntarily have undertaken duties to his client for reward under contract whereas the latter will have no such motive for giving evidence”).

¹⁴³ El TSUK consideró en particular que:

In either event there is a marked difference between holding the expert witness immune from liability for breach of duty that he has undoubtedly undertaken to the claimant and granting immunity to a witness of fact from liability against a claim for defamation, or some other tortious claim, where the witness may not have volunteered to give evidence and where he owes no duty to the claimant.

Id.

¹⁴⁴ XAVIER ABEL LLUCH ET AL, *LA PRUEBA PERICIAL*, 47-50 (Bosch Ed. 2009).

En Puerto Rico, no cabe duda de que el concepto de culpa del artículo 1802 del Código Civil es tan amplio que la inmunidad es un supuesto excepcional.¹⁴⁵ No hay precepto legal ni jurisprudencial que extienda explícitamente inmunidad o impida de otra manera que un demandante responsabilice a un perito por negligencia. La regla general en nuestro ordenamiento es que todo aquel que mediante culpa o negligencia causa un daño tiene el deber de resarcir a quien lo sufre.¹⁴⁶ Para que se creen excepciones a esa norma, generalmente tienen que haber cuestiones de alto interés público. En el caso de un perito que actúa de manera negligente, no se ven las mismas cuestiones que en el caso de un testigo ordinario. En el fondo, no se trata aquí de una inmunidad que proteja el proceso judicial ni su integridad. Los peritos son remunerados por su participación en el litigio y su participación está íntimamente imbricada con su preparación profesional. Por tanto, se le debe exigir la diligencia y el cuidado de un profesional. Extender una inmunidad a las faltas que este cometa en violación a su deber profesional sería un abuso de la doctrina. No hay beneficio para el proceso de la búsqueda de la verdad ni al acceso de la justicia cuando se condona que un perito actúe de manera negligente y con sus acciones influya la justicia.

En conclusión, a pesar de que en Puerto Rico no hay una doctrina de inmunidad de testigo propiamente establecida, el desarrollo de la doctrina en la jurisdicción federal y otras doctrinas similares en nuestra jurisdicción apuntan hacia una inmunidad condicional para el testigo. No obstante, incluso si en Puerto Rico la inmunidad del testigo fuera absoluta, no se le podría extender al perito. Las consideraciones que sustentan la inmunidad del testigo están arraigadas a la integridad del proceso judicial y al acceso a la justicia a través de la verdad. La acción contra un perito negligente es un supuesto de responsabilidad profesional. No sería cónsono con los propósitos de la inmunidad proteger una conducta profesional negligente. No es propiamente la expresión del perito la que se imputa, ni se puede comparar un deber de servicio por dinero al deber del testigo de hechos.

C. Elementos de la causa de acción

Una acción de daños por el artículo 1802 del Código Civil consiste en que todo aquel que mediante una acción u omisión culposa o negligente le cause un daño a otro tendrá la responsabilidad de reparar ese daño.¹⁴⁷ Esencialmente, requiere tres elementos: (1) una acción u omisión; (2) un daño; y (3) una relación causal entre ambas.¹⁴⁸ Mediante el precedente judicial se ha utilizado ese mismo esquema

¹⁴⁵ *García v. ELA*, 163 DPR 800, 809 (2005) (citando a *Reyes v. Sucesión Sánchez Soto*, 98 DPR 305, 310 (1970)).

¹⁴⁶ Cód. Civ. PR art. 1802, 31 LPRA § 5141 (2017).

¹⁴⁷ *Id.*

¹⁴⁸ CARLOS J. IRIZARRY YUNQUÉ, *RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL: UN ESTUDIO BASADO EN LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO DE PUERTO RICO* 37 (7ma ed. 2009).

como base para ampliar la doctrina. En Puerto Rico, “[l]as acciones por impericia profesional se rigen por el artículo 1802 del Código Civil, independientemente de que esté envuelto o no un contrato”.¹⁴⁹ El TSPR ha expresado que “una acción para exigir responsabilidad profesional no es distinta de un caso ordinario de daños y perjuicios por negligencia”.¹⁵⁰

i. Antijuricidad

Toda acción en daños surge con una acción u omisión culposa o negligente. Se trata de aquella conducta que se aparte de los deberes generales de corrección social.¹⁵¹ Según el TSPR, la antijuricidad, o la culpa y negligencia, se define como:

[L]a falta del debido cuidado, que a la vez consiste esencialmente no anticipar y prever las consecuencias racionales de un acto, o de la omisión de un acto, que una persona prudente habría de prever en las mismas circunstancias. La responsabilidad por culpa o negligencia depende de la probabilidad de las consecuencias según son capaces de ser previstas por una persona precavida.¹⁵²

La culpa es un acto positivo que causa daño, mientras la negligencia es una omisión o el incumplimiento de un deber de actuar.¹⁵³ Todo supuesto de culpa o negligencia del artículo 1802 del Código Civil parte de la premisa de exigir la diligencia que corresponde a la persona prudente y razonable en determinadas circunstancias de persona, tiempo y lugar.¹⁵⁴ En el caso de la impericia profesional, a un demandante se le requiere que pruebe inicialmente que el profesional incumplió su deber de cuidado y no fue diligente en su labor.¹⁵⁵ Aquel que ejerce una profesión y ofrece sus servicios al público asume una responsabilidad, tiene la obligación de ser diligente en su labor.¹⁵⁶

La acción aquí propuesta es una de impericia profesional. Para ejercer una acción de daños contra el perito por impericia profesional, la primera tarea es identificar su

¹⁴⁹ Ramos Lozada v. Orientalist Rattan Furniture Inc., 130 DPR 712, 728 n. 10 (1992).

¹⁵⁰ Sáez v. Municipio de Ponce, 84 DPR 535, 543 (1962). Véase además Rodríguez v. Hospital, 186 DPR 889, 900 (2012).

¹⁵¹ IRIZARRY YUNQUÉ, *supra* nota 148, en la pág. 33.

¹⁵² Ramos v. Carlo, 85 DPR 353, 358 (1962).

¹⁵³ IRIZARRY YUNQUÉ, *supra* nota 148, en las págs. 34-35.

¹⁵⁴ Cód. Civ. PR art. 1057, 31 LPRA § 3021 (2016). Véase además Administrador v. ANR, 163 DPR 48, 59-61 (2004).

¹⁵⁵ Sáez, 84 DPR en la pág. 543.

¹⁵⁶ Colón Prieto v. Geigel, 115 DPR 232, 238 (1984) (citando a ANTONIO BORRELL MACIÁ, RESPONSABILIDADES DERIVADAS DE CULPA EXTRA CONTRACTUAL CIVIL 66 (2da ed. 1958)).

deber jurídico. El perito se contrata conforme a las Reglas de Evidencia para asesorar en el litigio sobre cuestiones de alta tecnicidad mediante testimonio para que el juzgador de los hechos esté en mejores condiciones para resolver la controversia.¹⁵⁷ Mediante contrato asume una responsabilidad de dar testimonio en un proceso judicial y, a su vez, está obligado a ser diligente. Este perito como profesional asume más de un deber. Inicialmente, asume el deber de asesorar en su área de peritaje al cliente, según las disposiciones del contrato otorgado entre ellos. Una vez se califica como perito conforme a la Regla 702 de Evidencia, se obliga también a ayudar al tribunal a “entender la prueba o determinar un hecho en controversia”.¹⁵⁸ Estos deberes no son contradictorios ya que la función para la cual se contrata al perito es precisamente para servir el propósito de asesorar al tribunal.¹⁵⁹ Esto lo tiene en común con el abogado, que tiene deberes hacia su cliente, el tribunal, la profesión, la sociedad, etc.¹⁶⁰

El estándar de cuidado que va a ejercer el perito en el desempeño de sus funciones es la misma diligencia que se le exige a una persona ordinaria, competente, prudente y razonable de su profesión.¹⁶¹ Entiéndase, se va a examinar las normas profesionales que debe seguir cualquier persona que asuma la responsabilidad de asistir en el litigio y/o en el caso de formular sus opiniones se debe examinar la profesión o el área de *expertise* del perito. El estándar aplicable será cuestión probatoria y determinable caso a caso. Para ello sirven las normas y guías que algunas asociaciones profesionales han desarrollado para este expreso propósito.¹⁶²

¹⁵⁷ R. EVID. 702, 32 LPRA Ap. VI (2017).

¹⁵⁸ *Id.*

¹⁵⁹ Jones v. Kaney [2011] UKSC 13, [49] (“The expert agrees with his client that he will perform the duties that he owes to the court. Thus there is no conflict between the duty that the expert owes to his client and the duty that he owes to the court”).

¹⁶⁰ Para detallar esta comparación señaló:

This the expert witness has in common with the advocate. Each undertakes a duty to provide services to the client. In each case those services include a Paramount duty to the court and the public, which may require the advocate or the witness to act in a way which does not advance the client’s case.

Id. ¶ 50.

¹⁶¹ LLMD of Michigan, Inc. v. Jackson-Cross Co., 740 A.2d 186, 306-07 (Pa. 1999) (“The judicial process will be enhanced only by requiring than an expert witness render services to the degree of care, skill and proficiency commonly exercised by the ordinarily skillful, careful and prudent members of their profession”).

¹⁶² Véase, por ejemplo Code of Medical Ethics Op. 9.71 on Medical Testimony, AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION, <https://www.ama-assn.org/delivering-care/medical-testimony>, (última visita 3 de abril de 2018); Specialty Guidelines for Forensic Psychology, AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION, <http://www.apa.org/pubs/journals/features/forensic-psychology.pdf>, (última visita 3 de abril de 2018); Code of Ethics, AMERICAN SOCIETY OF CIVIL ENGINEERING, <https://www.asce.org/code-of-ethics/>, (última visita 3 de abril de 2018); Code of Ethics- Expert Witness Testimony, AMERICAN ACADEMY OF OPHTHALMOLOGY, <https://www.aaopt.org/ethics-detail/code-of-ethics--expert-witness->

Como norma general, para evitar responsabilidad por impericia, un perito debe: (1) representar honestamente sus destrezas y cualificaciones; (2) conocer y entender las reglas de evidencia y cómo estas impactan el testimonio; (3) proveer información honesta a la representación legal; y (4) comunicarse a través del proceso con el cliente y el abogado.¹⁶³

Sin embargo, debe siempre quedar claro que el objeto de la acción aquí propuesta no puede ser la expresión per se y está limitada a la impericia. Por ejemplo, el que la opinión formulada por un perito sea contradicha o que el perito en el contrainterrogatorio cambie su testimonio ante información que no fue provista por su cliente, no constituye impericia.

ii. Daño

El daño es un “menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica, que sufre una persona y del cual tiene que responder otra”.¹⁶⁴ De la naturaleza de la acción se desprende que el daño en esta necesariamente tiene que surgir de una determinación desfavorable. Este daño se entenderá sufrido desde el momento que recae la sentencia.¹⁶⁵

En las acciones por impericia legal se adopta el requisito de una sentencia final y firme para ejercer la acción.¹⁶⁶ Sin embargo, hay consideraciones distinguibles entre el abogado y el perito que ameritan un estudio diferente del daño relativo al término prescriptivo.

La prescripción extintiva es la pérdida de un derecho por el paso del tiempo.¹⁶⁷ Con esta figura jurídica se busca promover la diligencia en las acciones.¹⁶⁸ Otros propósitos principales del término prescriptivo son evitar la indefensión de las partes y los litigios difíciles de adjudicar por la antigüedad de los reclamos.¹⁶⁹ La teoría

testimony, (última visita 3 de abril de 2018); AICPA Code of Professional Conduct, AMERICAN INSTITUTE OF CERTIFIED PUBLIC ACCOUNTING, <https://www.aicpa.org/research/standards/codeofconduct/downloadabledocuments/2014december15contentasof2015october26codeofconduct.pdf> (última visita 3 de abril de 2018).

¹⁶³ Mary Virginia Moore, et al, *Liability in Litigation Support and Courtroom Testimony: Is It Time to Rethink the Risks?*, 9 J. LEGAL ECON. 53, 63 (1999) (discutiendo a *Mattco Forge, Inc. v. Arthur Young & Co*, 60 Cal. Rptr. 2d 780 (1997)).

¹⁶⁴ *Pressure Vessels PR v. Empire Gas PR*, 137 DPR 497, 520 (1994).

¹⁶⁵ Puede entenderse que la acción no puede ejercerse si se transa o desiste la demanda en su totalidad. A pesar de que en otras jurisdicciones se acepta la acción de todos modos, sin una sentencia sería pura especulación determinar que fue la impericia del perito la que causó el daño. No obstante, no nos cerramos a la posibilidad que, en un análisis caso a caso, si la impericia del experto es de tal naturaleza clara y patente que no pueda negarse la relación causal con el daño se acepte de otra manera.

¹⁶⁶ *Col. Mayor Tecn. v. Rodríguez Fernández*, 194 DPR 635, 645-46 (2016).

¹⁶⁷ *Cód. Civ. P.R.* art. 1830, 31 LPR § 5241 (2016).

¹⁶⁸ *Col. Mayor Tecn.*, 194 DPR en las págs. 643-44.

¹⁶⁹ *Serrano Rivera v. Foot Locker*, 182 DPR 824, 831 (2011).

cognoscitiva del daño es una doctrina utilizada para precisar el momento que ocurre el daño para propósitos del término prescriptivo de la acción.¹⁷⁰ Esta teoría divide el daño en tres etapas: (1) el acto u omisión culposa o negligente; (2) la consecuencia lesiva o daño que causa sufrimiento; y (3) el conocimiento del perjudicado del menoscabo que ha sufrido.¹⁷¹

En el caso de una acción de impericia legal se ha resuelto que la sentencia tiene que ser final y firme, porque no es hasta ese momento que se materializa el efecto sin remedio.¹⁷² No es hasta que la sentencia es inapelable que se consuma el daño, pues si se llegara a revocar la sentencia, se elimina el daño.¹⁷³ También está envuelto el hecho que un abogado tiene la oportunidad de subsanar su negligencia mediante ese proceso apelativo.¹⁷⁴

Por las siguientes razones, sería prudente distinguir la acción contra el perito de la de impericia legal en cuanto al daño. Primero, el perito no participa en los procesos apelativos por lo que, contrario al abogado, no podrá subsanar su negligencia en estos, aunque el daño se desvanezca.¹⁷⁵ Luego que recae la sentencia del Tribunal de Primera Instancia [en adelante, *TPI*], el perito deja de ser partícipe del litigio, ya que los tribunales apelativos no tienen descubrimiento de prueba y deben resolver conforme a las determinaciones de hecho del TPI. Segundo, contrario al abogado, la relación del perito con las partes no subsiste en los procesos apelativos. El proceso de advenir en una sentencia final y firme en un caso puede ser expedito o puede tardar décadas si el caso se lleva hasta el foro más alto del país. Permitirle a un demandante agotar todos los remedios apelativos antes de exigirle que interrumpa el término prescriptivo contra el perito puede resultar en mucho tiempo sin que las partes se comuniquen, y dejar al perito en un estado de indefensión. Por último, ya que nuestro ordenamiento solo requiere que se conozca que hubo un daño sin que se tenga que conocer la magnitud total del mismo, puede alegar los daños que haya sufrido hasta ese momento.

Por tanto, a pesar de que tal vez hasta el momento en que sea inapelable la sentencia no sea totalmente madura la controversia, por cuestiones de prudencia y diligencia, se debe entender que el demandante sufrió y conoció el daño desde el momento que recae la sentencia. Desde ese punto debe comenzar a interrumpir el término prescriptivo con el perito mediante notificación extrajudicial.

¹⁷⁰ *Col. Mayor Tecn.*, 194 DPR en las págs. 643-44.

¹⁷¹ *Id.* en la pág. 644 (citando a *Ojeda v. El Vocero de PR*, 137 DPR 315, 323 (1994)).

¹⁷² *Id.* en la pág. 645 (citando a *1 HERMINIMO M. BRAU DEL TORO, LOS DAÑOS Y PERJUICIOS EXTRA CONTRACTUALES EN PUERTO RICO* 439-40 (2da ed. 1986)).

¹⁷³ *Col. Mayor Tecn.*, 194 DPR en la pág. 646.

¹⁷⁴ *Id.*

¹⁷⁵ *Id.* en la pág. 646 (“Por otra parte, si el abogado subsana o remedia la alegada negligencia, es al final del pleito cuando el cliente podrá confirmar que su representante legal trabajó para evitar las consecuencias lesivas de su acto u omisión”).

iii. Causalidad

La relación causal es precisamente el vínculo entre la acción u omisión con el daño ocasionado. En Puerto Rico, el estándar del nexo causal es la causa adecuada. La causa adecuada es aquella que es idónea para causar un efecto.¹⁷⁶ El TSPR ha señalado que:

El juicio de posibilidad, nos dice, deberá comprender todas aquellas circunstancias que existan en el momento de llevarse a cabo la acción (aunque fueran conocidas después) y además aquellas otras cuya producción posterior, según la experiencia humana, debía ser prevista en cuanto favorecidas por aquel acto. Este conocimiento . . . será el que habría tenido un hombre medio por regla general pero también habrán de ser tenidas en cuenta las condiciones que por razón de su profesión o cualquier otra circunstancia pudo tener el agente al efectuar el acto.¹⁷⁷

Una acción por impericia legal, con el mismo esquema básico de una acción de daños, se distingue por requerir un nexo causal particular, conocido como un caso dentro del caso. Para salir victorioso, el demandante tiene que probar que de no ser por la negligencia del abogado hubiera prevalecido en su pleito original, lo cual conlleva prácticamente re-litigar su causa.¹⁷⁸

En California, un tribunal apelativo se expresó sobre la causalidad en una acción por negligencia contra un perito.¹⁷⁹ En *Mattco Forge, Inc. v. Arthur Young & Co.*, ese tribunal resolvió que era adecuado utilizar el caso dentro del caso para establecer el nexo causal en una acción de impericia del perito.¹⁸⁰ El caso comenzó con una demanda contra General Electric [en adelante, *GE*], en la cual *Mattco Forge, Inc.* [en adelante, *Mattco*] alegaba que *GE* lo eliminó como subcontratista por motivos discriminatorios. Como parte de ese litigio, *Mattco* contrató a *Arthur Young & Co.* [en adelante, *Arthur Young*] para servicios de litigio. Sin embargo, el empleado que ofreció *Arthur Young* no tenía experiencia en esos servicios y les proveyó documentos fabricados sin identificarse para el juicio. Basado en eso, *GE* solicitó la desestimación y el tribunal la concedió.¹⁸¹ Posteriormente, *Mattco* demandó a *Arthur Young*. En el juicio, *Arthur Young* postuló que le aplicaba al caso la doctrina del caso dentro del caso, pero el

¹⁷⁶ *López v. Porrata Doria*, 169 DPR 135, 166 (2006).

¹⁷⁷ *Id.* en la pág. 167 (énfasis suplido).

¹⁷⁸ Véase *Colón Prieto v. Geigel*, 115 DPR 232 (1984); *Colón Prieto v. Geigel*, 145 DPR 663 (1998).

¹⁷⁹ *Mattco Forge, Inc. v. Arthur Young & Co.*, 60 Cal. Rptr. 2d 780 (1997).

¹⁸⁰ *Id.* en la pág. 790.

¹⁸¹ *Id.* en las págs. 827-31.

tribunal de instancia se negó a imponer esa carga sobre Mattco.¹⁸² En apelación, se revocó esta determinación.¹⁸³

El tribunal en ese caso discutió la doctrina de caso dentro del caso y las críticas que había recibido. Empero, enunció que a pesar de las críticas la doctrina prevalece porque es la manera más efectiva para evitar acciones especulativas y limitar la responsabilidad a aquella que verdaderamente causó la impericia del profesional.¹⁸⁴ Empleó el paradigma del “caso dentro del caso”, uno reconocido en Puerto Rico. El tribunal californiano resolvió que en las situaciones en las que la negligencia alegada sea análoga a la de un abogado en el litigio, el demandante debe cumplir con la misma carga del nexo causal.¹⁸⁵

En conclusión, al tratarse de un daño que surge de una sentencia y como resultado de un proceso judicial, se puede aplicar por analogía la doctrina del “caso dentro del caso” que se utiliza para probar la responsabilidad profesional del abogado.¹⁸⁶ Inicialmente, el examen consiste en probar que el demandante tenía una acción legítima y que fue malograda por la negligencia del profesional.¹⁸⁷ De esta manera se le requiere al demandante que pruebe que la impericia del perito fue un factor sustancial en la pérdida del juicio anterior.¹⁸⁸ Esto se debe a que si el perito no causó la sentencia en contra del demandante, no hubo un daño.

iv. Doctrina Española

A modo de comparación, podemos observar los elementos que utiliza el ordenamiento español en estos casos. Los tratadistas españoles reconocen que los peritos que incumplan con sus deberes pueden incurrir en responsabilidad penal, civil y disciplinaria.¹⁸⁹ La responsabilidad civil de un perito puede nacer de una acción o una omisión. Entre las acciones hay, por ejemplo, “la pérdida del objeto entregado para el examen o deterioro del mismo”, o “error inexcusable en la elaboración del dictamen”.¹⁹⁰ En cuanto a las omisiones, se trata de la “no realización del dictamen pericial o elaboración tardía del dictamen pericial”.¹⁹¹ En este ámbito, dicen, el perito

¹⁸² *Id.* en las págs. 829-30.

¹⁸³ *Id.* en la pág. 850.

¹⁸⁴ *Id.* en la pág. 834.

¹⁸⁵ *Id.* en la pág. 789.

¹⁸⁶ *Colón Prieto v. Geigel*, 115 DPR 232, 242 (1984).

¹⁸⁷ *Id.*

¹⁸⁸ *Mattco Forge, Inc.*, 60 Cal. Rptr. 2d en la pág. 793.

¹⁸⁹ ABEL LLUCH, *supra* nota 144, en la pág. 81.

¹⁹⁰ Xavier Abel Lluch, *La responsabilidad penal, civil y disciplinaria del perito*, Diario La Ley N° 7430, 23 de junio de 2010, en la pág. 4.

¹⁹¹ *Id.*

será responsable de los daños que su actuación cause a las partes o a los terceros, siempre que sea por falta de diligencia.¹⁹² Para prosperar, el demandante tiene que demostrar que fue la labor del perito la que influyó sobre la determinación judicial y le causó un daño.¹⁹³ Los tratadistas señalan que el demandante tendrá dificultad en probar los elementos de la acción.¹⁹⁴

D. Perito de parte *vis a vis* perito adverso

Una persona tiene la legitimación para ejercer una acción cuando: (1) ha sufrido un daño claro y palpable; (2) este daño es real, inmediato y preciso; (3) hay una relación causal entre el daño y la causa ejercitada; y (4) que la causa de acción surge de la Constitución o la ley.¹⁹⁵ En una acción de impericia tiene que establecerse una proximidad suficiente entre las partes para que el daño a causarse sea razonablemente previsible.¹⁹⁶

i. Por la parte que contrata el perito

Una parte que contrata a un perito para el litigio depende en gran parte del peritaje de este para salir victorioso. La relación es una de servicio por compensación, el perito se compromete a revisar los hechos del caso y desarrollar una opinión que se convierte en una pieza de evidencia.¹⁹⁷ Cuando un perito no provee asesoramiento u opiniones adecuadas sobre las materias que son esenciales para el caso y fuera del conocimiento del cliente, este puede terminar con daños graves.¹⁹⁸

Cuando el demandante tiene una relación cliente-profesional con el perito, la carga es menor para llevar su acción. Se limita a establecer por preponderancia de la prueba: (1) que en efecto se contrató el perito y este tenía un deber con el demandante; (2) que el perito fue negligente en su labor; (3) que el demandante sufrió un daño por virtud de una orden o sentencia; y (4) que ese daño fue a causa de la negligencia del perito. Este es un supuesto sencillo de responsabilidad profesional. La negligencia del perito puede haber surgido de las normas de la comunidad profesional a la

¹⁹² Esther Pillado González e Inés Celia Iglesias Cante, *La prueba pericial en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, 27 REV. XUR. GALEGA 307, 318 (2000).

¹⁹³ *Id.* en la pág. 319.

¹⁹⁴ *Id.* en la pág. 318.

¹⁹⁵ Romero Barceló v. ELA, 169 DPR 460, 470-71 (2006).

¹⁹⁶ Jonathan Chen, *Abolishing Immunity for the Friendly Expert Witness*, 40 ADVOC. Q. 471, 471 (2013); Carol Henderson Garcia, *Expert Witness Malpractice: A Solution to the Problem of the Negligent Expert Witness*, 12 MISS. C.L. REV. 39, 63 (1991).

¹⁹⁷ Chen, *supra* nota 196, en la pág. 473.

¹⁹⁸ *Id.* en la pág. 471.

cual pertenece o del deber general de diligencia de cualquier profesional que rinde servicios.¹⁹⁹

Las jurisdicciones que reconocen la acción contra un perito, independientemente de su participación como testigo, han visto favorablemente que se le responda a este demandante. No ha sido así con la parte adversa.²⁰⁰

ii. Por la parte adversa en el litigio

La parte contraria en un litigio no ha recibido un remedio por parte del derecho contra un perito por cuya negligencia ha sufrido un daño. A pesar de que una parte adversa, muy probablemente tiene más que perder.

Una razón que se utiliza para atribuirle inmunidad al perito de la parte adversa es que no hay un deber para violentar. En particular, en la opinión del TSMo, una nota al calce extensa aclaró que la decisión que tomó no sujeta al perito de la parte adversa a responsabilidad por impericia, porque esa parte no tiene un deber profesional con el demandante.²⁰¹ En este sentido, no se trata propiamente de una inmunidad categórica. Simplemente, se entiende que no procedería la acción por que el demandante no podrá establecer el cuidado que el perito le debe.

Como parte de este artículo, se delineó el deber de perito en dos partes y con dos estándares. El perito tiene el deber hacia su cliente y un deber subyacente al tribunal, entendiéndose a la justicia. En el cumplimiento de este deber, el perito debe ser diligente, profesional y regirse por las normas que su área de *expertise* le prescriban. Partes de este deber están presentes independientemente de la relación con el cliente.

Más y más en la responsabilidad profesional se reconocen deberes a personas que no formen parte del contrato de servicio.²⁰² En este cambio doctrinal, se han identificado algunos criterios para determinar si existe un deber. Por ejemplo, algunas jurisdicciones han adoptado el examen de balance de factores.²⁰³ Este examen se desarrolló por primera vez en California, y consiste en balancear los siguientes factores: (1) el punto hasta el cual la transacción tenía la intención de beneficiar al demandante; (2) la previsibilidad del daño; (3) el grado de certidumbre de que el demandante sufrió un daño; (4) cuán estrecha es la conexión entre la conducta del

¹⁹⁹ Debe entenderse que todo esto es sin perjuicio a los daños que pudiera tener por incumplimiento contractual, lo cual es una acción aparte aunque puede resultar también de la negligencia del perito.

²⁰⁰ Véase *Marrogi v. Howard*, 805 So.2d 1118, 1126-28 (La. 2002) (“In the case of adverse witnesses, both non-volunteer witnesses and expert witnesses, we have identified the protected interest as the administration of justice and its objective to uncover the truth”); *Murphy v. A.A. Mathews*, 841 S.W.2d 671, 682 n.11 (Mo. 1992).

²⁰¹ *Murphy*, 841 S.W.2d en la pág. 682 n.11 (“Our holding would not subject the adverse witness to malpractice liability because, in that situation, the expert owes no professional duty to the adversary”).

²⁰² JAY M. FEINMAN, *PROFESSIONAL LIABILITY TO THIRD PARTIES* 3- 89 (2da, ABA 2006).

²⁰³ *Id.*

demandado y el daño del demandante; (5) la culpa moral adherida a la conducta; y (6) la política de prevenir futuro daño.²⁰⁴ El peso de esos factores se debe examinar caso a caso, y ser determinado por un juez previo al juicio en sus méritos.²⁰⁵

En Puerto Rico, la norma de previsibilidad permea la responsabilidad civil extracontractual.²⁰⁶ Para determinar si el daño era previsible se acude a la figura de la persona prudente y razonable, que “actúa con el grado de cuidado, diligencia, vigilancia y precaución que exigen las circunstancias”.²⁰⁷ Todo lo demás es cuestión probatoria.

Para evitar litigios frívolos será necesario un examen riguroso de las alegaciones. Los tribunales tendrán que tratar con recelo estas acciones. Si el juez entiende que no puede establecerse un deber de cuidado, procede que se desestime la acción para evitar los costos y el perjuicio causado por el juicio en sus méritos.²⁰⁸ Por tanto, el demandante tiene un peso sustancial para que su acción tenga legitimidad. Tendrá que arraigarse al deber del perito hacia el tribunal y la justicia.

En cualquier pleito, un perito razonablemente sabe que su testimonio será un factor determinante en la decisión y que, por tanto, sus acciones tendrán un efecto sobre ambas partes en un litigio. Por todo lo cual, ambas partes en un litigio dependen de la diligencia del perito para la justa adjudicación de la controversia. Empero, reconocemos que, en el caso de la parte adversa, hay presentes consideraciones significativas de política pública. En este caso, el rol del perito se acerca un poco más al de un testigo que al de un abogado con respecto al demandante. Con eso en mente, la carga de probar la conducta antijurídica del perito va a ser sustancial, pero como ya se ha establecido esto no puede ser un supuesto de inmunidad absoluta.²⁰⁹ Aquí entonces sería prudente aplicar al demandante una carga similar a la que razonablemente tendría con un testigo, es decir, la que se tiene con un juez. Como ya establecimos en la Parte II de este artículo, la acción de negligencia contra el juez está limitada a que este actúe de manera corrupta o maliciosa, y requiere previamente una condena penal o la destitución del juez. Por entender que la protección de un perito jamás puede ser tan rígida como la de un juez, propondríamos que se limite a actuaciones maliciosas y que, en lugar de destitución, se exija que haya una acción disciplinaria contra el perito en la profesión por hechos similares, aunque no sean los mismos.

²⁰⁴ Jody M. Offutt, *Expanding Attorney Liability to Third Party Adversaries for Negligence*, 107 W. VA. L. REV. 553, 557 (2005) (citando a *Biankaja v. Irving*, 320 P.2d 16 (Cal. 1958)).

²⁰⁵ Anthony F. Earley, *Liability of Architects and Engineers to Third Parties: A New Approach*, 52 NOTRE DAME L. REV. 306, 318 (1977).

²⁰⁶ *Nieves Díaz v. González Massas*, 178 DPR 820, 844 (2010).

²⁰⁷ *Id.*

²⁰⁸ *Earley*, *supra* nota 205, en la pág. 318.

²⁰⁹ *Refiérase* a la Sección iii de este artículo: Inmunidad judicial del testigo.

La existencia de una acción por impericia profesional no debe depender solamente de la existencia de un contrato, pero tampoco debe ser tan permisiva que solo por probar los mismos elementos de la acción del cliente se le otorgue indemnización.²¹⁰ Un perito en juicio estaría sumamente vulnerable a acción de otro modo. Por esa razón, sería útil atemperar la acción para proteger al perito de los pleitos frívolos. Aquí observamos como en otras acciones se diferencia entre un demandante y otro por cuestiones de política pública.

Por ejemplo, en una acción por difamación, hay dos estándares diferentes. Un demandante que es figura privada recibe un trato más condescendiente que una figura pública.²¹¹ Para que una figura pública prospere en una acción de difamación “tiene que probar con prueba directa o circunstancial, que la expresión difamatoria es falsa, que se publicó a sabiendas de que era falsa o con grave menosprecio de su falsedad o veracidad, es decir, con malicia real, y que dicha publicación le causó daños reales”.²¹² Además, se requiere que se pruebe de manera clara, robusta y convincente.²¹³ Estas consideraciones en el fondo buscan balancear los intereses encontrados en una acción, de manera que un demandante no se vea absolutamente desprovisto de un remedio pero que ese interés no socave absolutamente otros intereses importantes. Utilizaríamos un estándar de malicia parecido al aquí expuesto, pero al ser una acción por impericia en lugar de una acción por difamación, sería un grave menosprecio a su función y no solo a la verdad.

En conclusión, para atender las diferencias en el rol del perito ante su cliente y ante el tribunal o la justicia para efectos de la parte adversa en el litigio, estableceríamos una acción distinta y menos condescendiente a esa parte. En síntesis, serían tres elementos que distinguen las acciones. Primero, se le requeriría que establezca en sus alegaciones que el perito falló en su deber hacia el tribunal, según surge de las Reglas de Evidencia, conforme a las normas de su profesión. En ausencia de ello, el juez debe desestimar la causa. Segundo, se le requerirá que pruebe un grado mayor de antijuricidad para que prospere su acción, entendiéndose la malicia real acompañada de prueba de acción disciplinaria. Tercero, se le requerirá un *quantum* de prueba mayor, entendiéndose la clara, robusta y convincente. No es tarea fácil, pero no es la inmunidad absoluta que hasta el momento se ha abogado en favor del perito.

III. Conclusión y recomendaciones

Supongamos por un momento que en la situación de hechos presentada al comienzo de este artículo se le cambien algunos detalles. Por ejemplo, tal vez el

²¹⁰ *Earley*, *supra* nota 205, en la pág. 319.

²¹¹ *Meléndez Vega v. Vocero*, 189 DPR 123, 147 (2013).

²¹² *Id.* en la pág. 148.

²¹³ *Id.* en la pág. 149.

perito se excluye del juicio, no porque su testimonio no fue confiable, sino porque compareció al tribunal bajo los efectos del alcohol, no rindió el testimonio pertinente e insultó al juez. Como resultado de ello, su testimonio no se toma en consideración, y la víctima de la impericia médica pierde su caso. ¿Protegeríamos sus expresiones con la inmunidad del testigo?

El hecho de que la impericia del perito resulte en una expresión y testimonio judicial, puede tener el efecto categórico de cobijar al perito de una inmunidad. Inmunizar la negligencia es una norma excepcional en la responsabilidad civil extracontractual. La amplitud del concepto de culpa y resarcimiento de daños solo cede ante intereses apremiantes. Aquí no hay un interés servido por excusarle a un profesional su acción negligente, simplemente porque se manifiesta en el contexto de un juicio.

Al igual que cualquier otra manifestación de la profesión, el servicio que rinde un perito para un litigio debe estar sujeto a estándares y a un deber de cuidado, más allá de los criterios ligeros de las Reglas de Evidencia. En Puerto Rico, las acciones que buscan reparación por un daño causado por impericia profesional se rigen por el artículo 1802 del Código Civil. Para ejercer una acción de daños y perjuicios contra un perito negligente, el demandante tendrá que probar: (1) que hubo una acción u omisión culposa o negligente según el deber de cuidado del perito que surge de su relación profesional con una parte y de las Reglas de Evidencia; (2) que hubo un daño real reflejado en la sentencia final y firme del juicio subyacente, aunque para evitar la indefensión del perito se debe interrumpir el término desde la sentencia inicial; y (3) que hay una relación causal entre ellos.

La parte que contrata al perito tiene mayor facilidad para probar un deber jurídico, ya que se desprende de la relación cliente-profesional. Empero, esto no impide que la parte adversa tenga una acción. Ahora bien, será una acción más onerosa. En síntesis, la parte adversa tiene que traer, en adición: (1) alegaciones que convenzan *prima facie* a un juez de la existencia del deber jurídico y la antijuricidad que hagan meritorio un juicio; (2) que pruebe malicia real; (3) que el perito haya sido sancionado por conducta como esta; y (4) que su caso se pruebe de manera clara, robusta y convincente. Para sobrepasar las etapas iniciales del proceso judicial, el demandante tiene que establecer un caso fuerte.

Los peritos contemporáneos son profesionales como cualquier otro. El derecho puertorriqueño debe reconocer que, como tal, tiene una responsabilidad de ser diligente y de no hacer daño. No hay un interés apremiante que se beneficie de poner al margen de la justicia a los peritos que actúen negligentemente. Con este artículo, esperamos que se considere y, con la prudencia necesaria, se dé un espacio para reparar los daños que causen estos profesionales.

