



UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE CENTRAL
Sucre – Bolivia

MAESTRÍA EN DERECHO NOTARIAL

**LÍMITES A LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN LA
TRAMITACIÓN DEL PROCESO SUCESORIO SIN
TESTAMENTO EN LA VÍA VOLUNTARIA NOTARIAL EN
BOLIVIA**

Tesis presentada para optar al Grado
Académico de Magíster en Derecho
Notarial

MAESTRANTE: YESID FERNANDO CHALCO SUÁREZ

Sucre – Bolivia

2023



UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE CENTRAL
Sucre – Bolivia

MAESTRÍA EN DERECHO NOTARIAL

**LÍMITES A LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN LA
TRAMITACIÓN DEL PROCESO SUCESORIO SIN
TESTAMENTO EN LA VÍA VOLUNTARIA NOTARIAL EN
BOLIVIA**

Tesis presentada para optar al Grado
Académico de Magíster en Derecho
Notarial

MAESTRANTE: YESID FERNANDO CHALCO SUÁREZ
TUTORA: JOSEFINA CHINEA GUEVARA DE ROSALES, PhD.

Sucre – Bolivia

2023

DEDICATORIA

Dedico el presente trabajo a mis recordados padres Enrique y Angélica que son mis ángeles, a quienes debo mi existir, lo que fui y soy en la actualidad.

AGRADECIMIENTO

Doy mis agradecimientos y reconocimientos a mi esposa Adriana, y a mis hijas Evelyn y Dianita quienes son mi inspiración y motivación.

Asimismo, agradezco por su tiempo, dedicación y paciencia a la PhD. Josefina China de Guevara, quien es tutora del presente trabajo.

RESUMEN

Esta investigación tiene el objetivo de adentrarse en la búsqueda de los fundamentos en que descansan las fronteras que identifican los límites en que puede utilizarse la discrecionalidad notarial en el ámbito de la determinación de la prueba en la tramitación de los Procesos Sucesorios sin testamento en Bolivia.

Para ello, se elaboró un diseño de investigación de tipo analítico-descriptivo, y propositivo. Se parte del paradigma sociocrítico con enfoque mixto que se caracteriza por la pluralidad de métodos de investigación utilizados para abordar el problema, tanto desde lo cuantitativo, como desde lo cualitativo, complementándose.

Su finalidad se concreta en determinar esos límites de la discrecionalidad notarial en el ámbito de la determinación de la prueba en los Procesos Sucesorios sin testamento recomendando su inclusión normativa.

Palabras claves: discrecionalidad notarial, determinación de la prueba, Procesos Sucesorios sin testamento

SUMMARY

This investigation has the objective of delving into the search for the foundations on which the borders that identify the limits in which notarial discretion can be used in the field of determining the evidence in the processing of Inheritance Processes without wills in Bolivia rest.

For this, an analytical-descriptive and proactive research design was developed. It starts from the socio-critical paradigm with a mixed approach that is characterized by the plurality of research methods used to address the problem, both quantitatively and qualitatively, complementing each other.

Its purpose is specified in determining those limits of notarial discretion in the field of determining the evidence in Inheritance Processes without a will, recommending its inclusion in regulations.

Keywords: notarial discretion, determination of the test, Succession Processes without will

ÍNDICE GENERAL

1	INTRODUCCIÓN.....	1
1.1	Antecedentes.....	2
1.2	Planteamiento del problema	3
1.2.1	Identificación del problema	3
1.2.2	Formulación del Problema de Investigación.....	4
1.3	Objetivos.....	4
1.3.1	Objetivo general.....	4
1.3.2	Objetivos específicos.....	4
1.4	Justificación	5
1.4.1	Justificación técnica.....	5
1.4.2	Justificación económica	5
1.4.3	Justificación social	5
1.5	Alcance.....	6
1.5.1	Alcance temático	6
1.5.2	Alcance geográfico	6
1.5.3	Alcance temporal	6
1.6	Estrategia metodológica	6
1.6.1	Diseño y tipo de investigación.....	6
1.6.2	Técnicas e instrumentos de investigación.....	7
1.6.3	Universo y muestra	7
	CAPÍTULO I.....	9
1	MARCO TEÓRICO.....	9
1.1	La discrecionalidad administrativa	9
1.1.1	Definición.....	9

1.1.2	La discrecionalidad administrativa y los conceptos jurídicos indeterminados	14
1.2	La determinación de la prueba a presentar ante Notario.....	17
1.2.1	El criterio de la carga de la prueba	17
1.3	Los procesos sucesorios sin testamento	21
CAPÍTULO II		25
2	Análisis crítico de la normativa nacional y extranjera sobre la discrecionalidad notarial en el ámbito de la determinación de la prueba en los Proceso Sucesorios sin testamento	25
2.1	El derecho fundamental a la prueba como garantía dentro del debido proceso en Bolivia.	25
2.2	Probar ante Notario. La determinación notarial de la prueba	33
2.2.1	La prueba en los procedimientos notariales, etapas probatorias: requerimiento y aportación, actuación y valoración.....	34
2.3	Los Procesos sucesorios sin testamento en la Ley 483 del Notariado Plurinacional y su reglamento. La determinación de la prueba a presentar ante Notario	38
2.4	Estudio del derecho extranjero sobre el tema en estudio.....	41
2.4.1	Colombia	41
2.4.2	Ecuador	42
2.4.3	Perú.....	43
2.5	Conclusión parcial	45
CAPÍTULO III		46
3	Análisis y procesamiento de la información	46
3.1	Recolección, análisis e interpretación de los datos.	46
3.2	Procesamiento, análisis e interpretación de los datos obtenidos con la encuesta técnica.....	53

3.3	Conclusión parcial	56
CAPÍTULO IV.....		58
4	Determinación de los límites de la discrecionalidad notarial en la determinación de la prueba a presentar ante Notario en los Procesos Sucesorios sin testamento en Bolivia.....	58
4.1	Fundamentos teóricos de la propuesta	58
4.2	Fundamentos normativos de la propuesta	60
4.3	Fundamentos empíricos de la propuesta	64
4.4	La propuesta concreta	64
CONCLUSIONES.....		66
RECOMENDACIONES.....		70
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....		71
ANEXOS		78

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1: Derecho comparado	45
Tabla 2: Tabla de Especificaciónç	48
Tabla 3: Resultados del análisis de fiabilidad.....	51
Tabla 4: Tipo de pregunta para cada Ítems	51
Tabla 5: Análisis de porcentos de selección en cada opción de pregunta.....	54
Tabla 6: Método de Comparación constante.....	55

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico 1	50
Gráfico 2	50
Gráfico 3	53
Gráfico 4	53

1 INTRODUCCIÓN

La actividad del Notario de Fe Pública, dentro de su función preventiva, tiene como misión fundamental, ofrecer certeza y seguridad jurídica a los derechos que nacen de los actos de los particulares. Este valor, seguridad jurídica y certeza, resulta medio para alcanzar el fin último del Derecho: la justicia. Y precisamente por ello las normas que rigen los procedimientos notariales deben obedecer el imperativo categórico de certeza en su aplicación.

Si se entiende a la discrecionalidad como la facultad que ofrece el ordenamiento jurídico a un funcionario para que decida según los principios y estándares vigentes qué hacer ante la indeterminación o el carácter abierto de la norma jurídica a aplicar, puede asegurarse que este concepto ha supuesto una pluralidad de visiones y tipologías.

Tratando de acercar el concepto de discrecionalidad a la actividad notarial, pudiera afirmarse que es la facultad que disfruta el Notario de Fe Pública para determinar a su criterio lo no sometido a regla, y en razón de ello, disponer de absoluta libertad para solicitar a los usuarios del servicio notarial, los documentos que estime convenientes, a fin de comprobar sus dichos y la legalidad de los actos, hechos o circunstancias que documenta y de los cuales da fé.

Sin embargo, en aras de la seguridad jurídica y certeza en las tramitaciones notariales, es preciso ofrecer un límite a esta discrecionalidad que, en ocasiones, puede comprometer el derecho al debido proceso sustantivo, el cual comprende el conjunto de requisitos que debe observar todo servidor o servidora pública conforme a la Constitución Política del Estado, los Tratados y Convención Internacionales de Derechos Humanos y la Ley, y que en el ámbito personal, resguarda el derecho de toda persona a procedimientos justos y equitativos, que se acomoden a lo establecido en disposiciones jurídicas generales aplicables a todos los que se hallen en una situación similar.

Lo importante del tema radica especialmente, en que la investigación pretende precisar los contornos entre discrecionalidad notarial y arbitrariedad, para impedir esta última. La discrecionalidad notarial no está exenta de corrección, siendo una decisión jurídica más.

Esta discrecionalidad notarial y sus límites en el ámbito notarial son principalmente un asunto a resolver en el ámbito de la jurisdicción voluntaria notarial. La vía voluntaria notarial desjudicializa una serie de procedimientos de la llamada jurisdicción voluntaria judicial, y deja, en muchos casos, al arbitrio del Notario, decisiones jurídicas de alta importancia como por ejemplo, la prueba necesaria a aportar ante el fedante para la comprobación de los hechos de los cuales se solicita la dación de fe notarial, lo que trae consigo que el procedimiento a seguir sea distinto según el criterio e interpretación que, de la norma aplicable, hace el Notario fedante. La falta de uniformidad en los procedimientos notariales es una constante en el país, en este ámbito.

No existen antecedentes de investigaciones teóricas o prácticas que hayan abordado este tema en Bolivia, lo que acredita la pertinencia de la investigación en cuanto a su novedad científica.

1.1 Antecedentes

Los antecedentes de este estudio están precisamente, en el acogimiento de la política desjudicializadora que impregnó la promulgación de la Ley 483 del Notariado Plurinacional y su reglamento en el 2014.

Esa política legislativa desjudicializadora de la jurisdicción voluntaria judicial, trajo consigo la aparición de la denominada vía voluntaria notarial, que incorpora las nuevas competencias notariales sobre procesos de jurisdicción voluntaria en el área civil y familiar en Bolivia, e instaura para el Notariado boliviano un nuevo reto en el conocimiento y tramitación de tales procedimientos, ahora en el ámbito extrajudicial de los derechos.

Es en este contexto desjudicializador donde comienza a manifestarse la disyuntiva para los Notarios, de cómo tramitar tales procedimientos y en ese sentido, surge la discrecionalidad en la toma de decisiones que se pretende investigar en este estudio.

Una de las circunstancias que han contribuido a la necesidad de estudiar este problema ha sido - sin dudas- la falta de experiencia del Notariado en asuntos como el ahora denominado Procesos sucesorios sin testamento, que regula la Ley 483 y su reglamento y que ofrece competencias al Notario para autorizar Escrituras de Aceptación o renuncia a la herencia. El problema se concreta especialmente en el procedimiento de tales asuntos de tramitación de la herencia intestada en Bolivia, porque es uno de los más utilizados por la ciudadanía en general de entre las nuevas competencias notariales.

Otra cuestión que afecta al problema y condiciona la necesidad de este estudio, es la falta de coordinación interinstitucional sobre estos asuntos lo que complica aún más el asunto porque conduce a opiniones contrarias de distintos funcionarios con los que el documento notarial interactúa, como por ejemplo, Registradores de Derechos Reales, funcionarios del SERECI, que son fuentes de observaciones del trabajo notarial, perjudicando, a fin de cuentas, al usuario del servicio notarial, ralentizando la tramitación y poniendo en juego el objetivo de agilización de la misma, que fundamenta esencialmente la política desjudicializadora que les dio origen.

1.2 Planteamiento del problema

1.2.1 Identificación del problema

La irregularidad y falta de uniformidad, en cuanto a los requisitos y pruebas que el Notario solicita para poder autorizar este tipo de escrituras de aceptación y renuncia a la herencia, aconsejan investigar los límites de la discrecionalidad notarial en tales asuntos, ante la falta de precisión legal o reglamentaria en tales ámbitos que redundaría en arbitrariedad o lesión al derecho fundamental y humano del debido proceso sustantivo en el ámbito notarial.

El Derecho notarial tiene un carácter eminentemente procesal, es procedimiento extrajudicial, pero procedimiento al fin, y por tanto, sus normas son de obligatorio cumplimiento en razón del orden público, su aplicación y puesta en práctica, debe respetar los derechos y garantías establecidas constitucionalmente, para todo ciudadano en Bolivia y ofrecer seguridad jurídica y certeza a los derechos que nacen de los actos de los particulares.

La importancia del tema es trascendente. Se precisa identificar, los límites entre la discrecionalidad notarial y la arbitrariedad, para el correcto desarrollo de la función, ofrecer desde el ámbito notarial garantías al respeto de las garantías establecidas constitucionalmente, y asegurar la normalidad jurídica de los derechos, que nacen en el ámbito de la sucesión intestada en Bolivia.

Esta realidad, necesita ser aclarada para el contexto nacional y poder identificar -entonces- esos límites de discrecionalidad notarial, a fin de terminar con la falta de uniformidad y las irregularidades, que son características inherentes al desarrollo de estos procesos notariales, en el servicio notarial, en el ámbito nacional actualmente.

1.2.2 Formulación del Problema de Investigación

¿Cómo determinar en el contexto jurídico boliviano los límites de la discrecionalidad notarial en el ámbito de la determinación de la prueba necesaria a presentar ante Notario por los solicitantes de procesos sucesorios sin testamento en Bolivia?

1.3 Objetivos

1.3.1 Objetivo general

Proponer los fundamentos teóricos, normativos y empíricos de la limitación a la discrecionalidad notarial, en el ámbito de la determinación de la prueba necesaria ante Notario, para la tramitación de Procesos sucesorios sin testamento dentro el contexto jurídico boliviano

1.3.2 Objetivos específicos

1. Definir los fundamentos teórico doctrinales de la investigación.
2. Analizar críticamente la normativa nacional y extranjera sobre la discrecionalidad notarial y sus límites.
3. Elaborar un diagnóstico sobre los criterios de la comunidad jurídica nacional, en cuanto a los límites de la discrecionalidad notarial, en el ámbito de los Procesos Sucesorios sin testamento
4. Sistematizar los resultados obtenidos que avalen la propuesta

1.4 Justificación

1.4.1 Justificación técnica

Esta investigación, se justifica técnicamente por la necesidad de eliminar las irregularidades y ofrecer uniformidad al trabajo notarial en el país, a lo que no colabora la indefinición normativa en el ámbito de la aportación de requisitos y pruebas necesarias, a los procesos sucesorios sin testamento, que son de competencia notarial en Bolivia.

Esta investigación, tiene como fin definir los límites que tendrá que respetar el Notario actuante en tales procedimientos, lo que no anula su ámbito de discrecionalidad, sino que permite unificar criterios de comportamiento dentro de unos límites que respeten las garantías fundamentales y la seguridad jurídica, en los procedimientos extrajudiciales que son de competencia notarial.

La falta de definición jurídica que hoy subsiste en este tema, trae consigo inseguridad, lo que sin duda atenta contra la certeza y seguridad que son el fin último de la función notarial.

1.4.2 Justificación económica

Esta investigación se justifica económicamente, desde la eficiencia jurídica. Es preciso que la norma favorezca una correcta relación en la ecuación costo - beneficio.

De ahí la importancia que tiene determinar los límites de la discrecionalidad notarial en tales asuntos, a fin de erradicar los problemas de criterios encontrados con otros funcionarios que interactúan con el documento notarial autorizado, cuyas observaciones traen retrasos a la tramitación, ocasionando pérdidas económicas a los usuarios del servicio y demora del procedimiento, que redundan en ineficiencia jurídica.

1.4.3 Justificación social

La investigación se justifica socialmente desde su contribución a la seguridad y certeza de los derechos que conduce a la paz y la estabilidad social, la labor preventiva del Notario en todo caso, tributa a ella, y la claridad teórica y normativa sobre los límites de la discrecionalidad notarial en el ámbito de la prueba a

presentar ante Notario, en la tramitación de los procesos sucesorios sin testamento, fortalece esa labor preventiva notarial que podrá ofrecer mayor seguridad y certeza a sus actuaciones, anti litigiosas por excelencia.

1.5 Alcance

1.5.1 Alcance temático

Se fija para este estudio en la relación derecho notarial, procesos sucesorios sin testamento y el uso de la discrecionalidad administrativa notarial en su tramitación extrajudicial.

1.5.2 Alcance geográfico

La investigación tiene un alcance nacional, sin embargo se utiliza el análisis crítico de la legislación extranjera, en aras de interpretar los resultados de la comparación jurídica.

1.5.3 Alcance temporal

El estudio se realizó entre los años 2021 y 2023

1.6 Estrategia metodológica

1.6.1 Diseño y tipo de investigación

La presente investigación es de tipo analítica-descriptiva, y propositiva. Se parte del paradigma sociocrítico con enfoque mixto que se caracteriza por la pluralidad de métodos de investigación utilizados para abordar el problema, tanto desde lo cuantitativo como desde lo cualitativo complementándose.

Se utilizan los siguientes métodos de investigación:

Método de investigación bibliográfica documental y dogmática.- El método de investigación bibliográfica documental y dogmática se utilizó al recopilar toda la información teórica. Siendo un método teórico formal, permite el análisis crítico de las teorías jurídicas fundamentales sobre el tema que se investiga.

Método lógico deductivo.- Se utilizó el método lógico deductivo en la comprobación y deducción lógica necesaria al proceso de investigación del problema en estudio, que permite elaborar argumentos coherentes y provistos de sentido lógico.

Método de derecho comparado.- Se utiliza para encontrar y profundizar sobre causas y soluciones encontradas por el derecho extranjero, a los mismos problemas que en esta investigación constituyen objeto de estudio. El estudio de derecho comparado, permite al investigador, formar un conjunto de juicios generalizados sobre el tema en estudio y, desde una perspectiva crítica, valorar la propuesta nacional en tal sentido.

Método estadístico.- Se utiliza la estadística, para procesar la información recogida de la comunidad jurídica nacional, sobre su valoración del tema en estudio .

Método de Teoría fundamentada.- Se utiliza para el análisis de datos e interpretación de los mismos, creando teoría de la realidad.

1.6.2 Técnicas e instrumentos de investigación

Las técnicas utilizadas son:

- a) Análisis bibliográfico para recoger y analizar la información teórica.
- b) Comparación normativa del derecho extranjero.
- c) La encuesta para recoger los criterios de la comunidad jurídica
- d) El análisis estadístico para procesar los datos obtenidos.
- e) Comparación constante para elaborar teoría de la realidad

Los instrumentos utilizados:

- a) Fichas bibliográficas, para el trabajo con la bibliografía
- b) Cuadro comparativo, para hacer teoría de los datos recogidos, y para determinar los resultados del estudio de derecho comparado
- c) Cuestionario, para la aplicación a la muestra
- d) Gráfico estadístico para procesar los datos del trabajo de campo

1.6.3 Universo y muestra

Para la aplicación de la encuesta, la muestra está constituida por juristas Notarios, Jueces y Abogados en el ejercicio libre en materia Civil del eje troncal, 240 en total, 80 de cada departamento (Santa Cruz, La Paz, Cochabamba). La muestra es no probabilística.

El informe de investigación, está estructurado en cuatro capítulos que se corresponden con los objetivos propuestos; además, se ofrecen un conjunto de conclusiones y recomendaciones que pretenden introducir los resultados que esta investigación propone.

CAPÍTULO I

1 MARCO TEÓRICO

Fundamentos teórico doctrinales de la discrecionalidad notarial en el ámbito de la determinación de la prueba a presentar ante Notario en Procesos Sucesorios sin testamento

Este capítulo tiene la intención de conformar el aparato teórico crítico de la investigación, definir los conceptos más importantes, las tendencias teóricas que informan tanto a la discrecionalidad notarial, como a la prueba necesaria ante Notario, sus interrelaciones y consecuencias en la presentación de irregularidades dentro de los Procesos Sucesorios sin testamento en Bolivia.

1.1 La discrecionalidad administrativa

1.1.1 Definición

La discrecionalidad administrativa hace referencia a los márgenes de apreciación, opción y decisión que tiene la Administración en aquellas situaciones en los que no todos los elementos de la potestad administrativa, están recogidos en la norma que le atribuye y regula dicha potestad, permitiendo de este modo a la Administración, elegir entre varias soluciones, todas ellas justas. (Administrativando abogados, 2022)

En definitiva, la discrecionalidad de la Administración, hace referencia a la libertad con la que cuenta aquélla, para tomar decisiones en determinados supuestos en los que la potestad administrativa no viene claramente delimitada por la Ley. (Administrativando abogados, 2022)

El Tribunal Supremo español en ocasión de pronunciarse sobre la discrecionalidad administrativa, ha dicho que la entiende como aquella potestad en la que la Administración tiene posibilidad de elegir entre diversas opciones, todas admitidas en derecho, siempre y cuando no incurra en arbitrariedad y el ejercicio de dicha facultad se encuentre dirigido al cumplimiento del fin perseguido en la norma en que aquélla se fundamenta. (España, Tribunal Supremo, 1992)

La potestad discrecional de los funcionarios representantes de la administración pública, estaría encaminada a elegir entre dos o más soluciones válidas y legítimas todas ellas, decisión que deberá ser razonada y fundamentada por la administración so pena de ser catalogada como arbitraria.

La potestad discrecional deberá regularse por las siguientes reglas:

- ❖ El resultado no se encuentra establecido en la Ley.
- ❖ La Administración puede elegir entre dos o más soluciones, todas ellas válidas y justas.
- ❖ Que la decisión sea discrecional no quiere decir que sea arbitraria. De hecho, las decisiones de las Administraciones Públicas nunca podrán ser arbitrarias.
- ❖ La decisión necesita estar motivada, de forma que ésta se adecue al caso en concreto. Para ello, la Administración Pública deberá analizar el caso adecuadamente y tomar la decisión teniendo en cuenta sus características, fundamentando en las circunstancias concretas del caso la decisión que se adopte.(Acal, 2021)

Así puede asegurarse -entonces- que el concepto de discrecionalidad, tal como asegura Dworkin, es adecuado en un contexto especial, cuando alguien está encargado de tomar decisiones sujetas a las normas establecidas por una autoridad determinada.(Dworkin, 2019, 84). En tal sentido, el autor la describe como un área abierta dentro de un círculo de restricciones que la rodean, estas restricciones están determinadas por el contexto.

Según Dworkin puede hablarse de discrecionalidad en sentido débil, cuando:

- a) las normas que debe aplicar un funcionario no se pueden usar mecánicamente, sino que exigen del funcionario que las aplica un discernimiento especial, es decir, la norma no lo deja todo aclarado y por eso el funcionario tiene que discernir qué hacer en el caso práctico en cuestión.
- b) cuando algún funcionario tiene la autoridad final para tomar una decisión que no puede ser revisada, ni anulada por otro funcionario (Dworkin, 2019,85)

Sin embargo, insiste Dworkin que esta discrecionalidad débil puede establecerse en razón de que existen situaciones de discrecionalidad mucho más fuerte. Esa discrecionalidad más fuerte puede manifestarse cuando un funcionario, en lo que respecta a algún problema, no está vinculado a ningún estándar impuesto por la autoridad, lo que no es igual a que este funcionario tiene absoluta libertad en su decisión, porque tiene límites, y está sujeto a la crítica, en razón de que su decisión deberá respetar en todo caso ciertos estándares de racionalidad, justicia y eficacia (Dworkin, 2019, 86).

Entonces, según Dworkin puede afirmarse que la discrecionalidad de un funcionario “no significa que sea libre para decidir sin recurrir a normas de sensatez y justicia, sino solamente que su decisión no está controlada por una norma prevista” (Dworkin, 2019, 86) por la autoridad particular de la que parte la cuestión de la discrecionalidad.

Por otra parte Mora Mora, asegura que la definición más conocida de discrecionalidad es la que se define en relación con el interés público o general. Para Giannini (1991), por ejemplo; significa valoración o apreciación por la administración del interés público. Para algunos autores existen conceptos de valor en los que no hay que eliminar la facultad discrecional (Giannini 1991, Nieto 1991, García Trevijano 1968) porque la discrecionalidad significa la apreciación singular del interés público realizada conforme a los criterios marcados por la legislación. (Mora Mora, 2011, 93).

Mora Mora asegura que,

Beltrán De Felipe (1995) establece un segundo grupo de definiciones que denomina formales o negativas, que hacen hincapié en considerar la discrecionalidad como un espacio o ámbito de decisión no regulado o sólo parcialmente regulado por el derecho, que el ordenamiento, y en concreto el legislador, ha otorgado a la administración; como esa parcela decisional que, generalmente está prevista en una norma habilitante, dejando un espacio vacío que ha de ser rellenado por la administración con criterios no necesariamente explicitados por el derecho. (Mora Mora, 2011, 93)

En tal caso puede asegurarse que estas definiciones formales o negativas de la discrecionalidad, son similares a las situaciones que Dworkin denomina como de discrecionalidad en sentido débil, porque le permite al funcionario fundamentar

su decisión en un juicio asertórico discrecional que no está determinado por ley, área en la que el funcionario tiene la oportunidad para crear derecho, fundamentándose en la norma jurídica habilitante.

Afirma Mora Mora que puede considerarse a la discrecionalidad como “el margen de libertad que se deriva para la Administración Pública cuando su actuación no está completamente predeterminada, de tal manera que se configura como un margen de independencia o autodeterminación de la Administración” (Mora Mora, 2011,94).

No obstante, con la dinamización actual de la discrecionalidad administrativa ha de entenderse que esta debe accionarse con apego total a la legalidad constituida y obediencia exclusiva a la Constitución, en ese margen. De ahí, que Mora Mora afirma lo siguiente:

Entonces se comprende, que para realizar completamente las funciones asignadas, la administración debe desplegar el concepto de discrecionalidad, entendida como aquella objetivación de una cierta autonomía para cumplir con los mandatos constitucionales de los fines del Estado social de derecho.(Mora Mora, 2011, 94)

La discrecionalidad se entiende, desde el punto de vista del autor mencionado, como un complemento indispensable de la función administrativa que permite al funcionario tomar decisiones en el ámbito de justificación que le está determinado por ley.

Sin embargo, un acercamiento desde la filosofía de la argumentación jurídica pudiera abordar el tema de la necesidad y la discrecionalidad como lo hace Pinto Fontanillo (2000).

El mencionado autor, afirma que en el plano metodológico, esta relación necesidad- discrecionalidad, puede explicarse a través de una justificación deductiva de carácter lógico, o como una argumentación lógico-deductiva con triple limitación (la ley, la dogmática y el precedente), tal como lo afirman las teorías de Maccormick y Alexy, respectivamente. (Pinto Fontanillo, 2000,78)

Según Maccormick, en los casos fáciles es posible utilizar la justificación deductiva, es decir, teniendo en cuenta las premisas fácticas el caso se resuelve

por deducción; sin embargo, en los casos complejos, la premisa normativa tendrá que ser justificada.

En tales casos complejos resulta imprescindible valorar el asunto a solucionar desde cuatro perspectivas: la interpretación de la norma, la relevancia normativa, la prueba de identificación de la premisa menor y la calificación, teniendo en cuenta los hechos que acompañan al caso.

La necesidad, en tales asuntos, está impuesta por la norma jurídica, el razonamiento, es decir, el poder de discrecionalidad se referirá a la justificación de las premisas fácticas, que son tan amplias que no pueden ser cubiertas por la norma jurídica; pero, en todo caso, lo más importante, resulta ser la obligación del funcionario de cumplir con el sentido indicado de la norma, no con su contenido, porque en ese contenido es donde reina la discrecionalidad, la necesidad estaría en el cumplimiento de la premisa normativa que la discrecionalidad complementa.

Así es preciso identificar correctamente la diferencia entre el resultado lógico de un proceso de razonamiento del funcionario, es decir, la conformación del juicio; y su correspondencia con la decisión adoptada porque la decisión debe atender a mantener el equilibrio entre razón y autoridad, entre el poder de discrecionalidad y la razonabilidad de su ejercicio.

De relevancia son igualmente las apreciaciones de Cassagne, cuando asegura:

El argumento positivista que considera que la discrecionalidad sólo surge de la incertidumbre del lenguaje y, por ende, del proceso de interpretación y aplicación del derecho, no ha podido sostenerse frente a los supuestos de absoluta indeterminación de los hechos o del derecho que fundan la conducta a seguir por el funcionario, y que excluyen el deber de observar una regla, concepto o conducta predeterminada. En definitiva, implica un error lógico sostener que no existen vacíos o lagunas, como pensaba Kelsen, para demostrar la plenitud del ordenamiento sobre la base del proceso de interpretación y aplicación. El problema está en otro lado, y se encuentra en la labor de integración con los principios generales que lleva a cabo el juez en los casos de discrecionalidad típica o fuerte (como la califica Dworkin). (Cassagne, 2010, 85)

El autor pone el acento en la transformación de la discrecionalidad administrativa en los tiempos que corren. Afirma que la teoría positivista y su enfoque no puede explicar el alcance de la discrecionalidad administrativa hoy, porque esa discrecionalidad hoy necesita de la aplicación de los principios generales para solucionar vacíos de la ley en casos donde resulta imprescindible su actuar de una manera u otra, ante el imperativo de su finalidad esencial: satisfacer las necesidades públicas de las personas que habitan en el territorio del Estado.

En síntesis, la discrecionalidad administrativa integra actualmente un servicio público que se enarbola en favor de la realización del interés público o bien común, creando derecho.

1.1.2 La discrecionalidad administrativa y los conceptos jurídicos indeterminados

La doctrina denomina como concepto jurídico indeterminado a aquel que se usa en una norma para indicar de manera imprecisa un supuesto de hecho (Carbajo Cobos, 2020,766), son aquellos que generan imprecisión en su aplicación a algunos casos concretos, “imprecisión que puede ser debida a que no se sepa con certeza cuál es la combinación de propiedades necesarias y suficientes para su aplicación o bien a que alguna de estas propiedades tenga carácter graduable” (Lifante Vidal, 2020, 130). Estos conceptos indeterminados son denominados por Hart “estándares variables” (Hart, 1990, 165).

Siempre que estos conceptos indeterminados sean de una indeterminación radical, la consecuencia jurídica será, una especie de delegación a los destinatarios para que especifiquen las pautas señaladas en las normas.

Según Lifante Vidal,

El uso de este tipo de conceptos implica optar por una determinada técnica regulativa, que se suele utilizar en aquellos ámbitos en los que resulta imposible identificar a priori una clase de acciones específicas que uniformemente deban ser realizadas u omitidas, por lo que parece preferible dejar a los individuos (sujetos al posible control de los tribunales) la tarea de valorar las pretensiones sociales que puedan surgir de forma no anticipable, y de obtener así un razonable equilibrio entre ellas.(Lifante Vidal, 2020, 131)

La autora destaca que el uso de tales conceptos indeterminados radicalmente, no es una anomalía jurídica, sino una técnica normativa necesaria en los casos en que la ley no puede determinar con anterioridad las acciones específicas a realizar por el funcionario destinatario de la norma en concreto, ante las distintas situaciones fácticas que pueden presentarse en la realidad. Por eso, deja estas precisiones al arbitrio del funcionario que tendrá la responsabilidad de tomar una decisión razonable y equilibrada.

Se trata de conceptos en los que para su aplicación es preciso que el funcionario haga valoraciones de los intereses en juego en el contexto del caso concreto, incluso, juicios de adecuación técnica que determinen los medios adecuados para la consecución de un determinado fin.

Sobre este asunto afirma Lifante Vidal,

Este «reenvío», o «apertura», o «falta de concreción», que acompaña a las normas formuladas haciendo uso de estos conceptos ha de ser visto, por tanto, como una peculiar técnica jurídica; es decir, como una opción del legislador por regular la conducta de este modo, en lugar de hacerlo a través de la definición exhaustiva a priori de las acciones a realizar. El problema es que esta opción se suele presentar en términos de una falsa oposición: como si el legislador tuviera que elegir entre regular solo con reglas que determinen de antemano las conductas exigidas o regularla solo a través de estos estándares indeterminados. Pero creo que se trata de un mal planteamiento del problema, porque en realidad nada impide, y de hecho es lo que normalmente suele suceder, que en un determinado ámbito normativo se combinen ambas técnicas. (Lifante Vidal, 2020, 132)

Nótese cómo la autora refiere que la utilización de estos conceptos indeterminados es mucho más usual que lo que parece, por lo que el mandato de concreción de la norma al funcionario que la aplica, es una opción de técnica jurídica que utiliza el legislador, que en lugar de redactar una norma con mandato preciso, en situaciones de complejidad fáctica, opta por derivar esa responsabilidad en el funcionario que aplica la norma.

Este tipo de normas jurídicas que involucran conceptos indeterminados derivan en responsabilidades para el sujeto aplicador del derecho, sobre este tema ha dicho Lifante Vidal,

En este sentido, la atribución de responsabilidades suele ir acompañada de una regulación de la conducta de una manera peculiar que consiste en no determinar de antemano la acción o acciones a realizar, sino en atribuir al destinatario (al sujeto responsable) el poder —y deber— de determinar la concreta acción a realizar para la persecución del fin o consecución del resultado a obtener. Se trata por tanto de una regulación a través de un tipo específico de normas, a las que podemos considerar como «normas de fin» y que se contrapondrían a las «normas de acción». Mientras que estas últimas califican deónticamente una acción, las normas de fin obligan a perseguir o a maximizar un determinado fin, delegando en el destinatario el poder discrecional o la «responsabilidad» de seleccionar el medio óptimo para ello (aquella medida que, a la luz de las circunstancias del caso concreto y atendiendo a las posibilidades fácticas y deónticas, maximiza el fin con el menor coste posible en términos de lesión de bienes y valores protegidos). Por supuesto, el sujeto al que se le atribuye esta responsabilidad se verá sometido también a muchas otras normas que sí le impongan o prohíban acciones determinadas (normas de acción), y en ese sentido limiten el ámbito de su discrecionalidad en el ejercicio de su responsabilidad: como antes veíamos ambas técnicas normativas no son ni mucho menos excluyentes. (Lifante Vidal, 2020, 137)

La autora denomina a estas normas con conceptos de indeterminación radical y que atribuyen responsabilidades al operador jurídico como normas de fin, que delegan en el destinatario un poder discrecional, de ahí que la discrecionalidad sea un efecto de la utilización de esta técnica normativa.

Según Carbajo Cobos, estos conceptos son relevantes para el derecho,

porque si bien es cierto que pertenecen a la esfera de la imprecisión del derecho, esta pertenencia no es un hecho desafortunado que produzca en el jurista cierta desazón al vivir apegado a la seguridad jurídica, sino que plantea una enorme ventaja como es «dotar a los sistemas jurídicos de la suficiente elasticidad para acomodar la regulación jurídica a las diversas circunstancias ambientales que definen el contexto de su aplicación». La elasticidad es, por tanto, la primera de las finalidades que nos traen estos conceptos, sin embargo, no es la única.

(...) Los enunciados imprecisos de estos conceptos indeterminados contribuyen a la durabilidad de las leyes, ya que situaciones que acogían hace unas décadas, acogen hoy otras totalmente nuevas, sin variar su enunciado y ajustándose perfectamente a lo que expresan.

Y una tercera finalidad de dichos conceptos es que son futuribles, es decir, que introducidos en la propia norma se aventajan a situaciones que

incluso no existían cuando el legislador promulgó la norma, esto es «expresar lo que el legislador intenta cuando ello puede darse de distintas maneras, algunas incluso desconocidas en el momento de dictar la ley (Carbajo Cobos, 2020, 766)

La discrecionalidad administrativa nace para llenar esos vacíos que se advierten a partir del uso de un concepto jurídico indeterminado; porque, ofrece al operador jurídico la posibilidad de racionalizar su juicio valorativo a una situación de hecho sin atentar contra la seguridad jurídica, contribuyendo a la durabilidad de las leyes, y con vocación de futuro.

1.2 La determinación de la prueba a presentar ante Notario

Para la determinación de la prueba que se debe presentar ante Notario, a fin de que tramite los procesos voluntarios en los que tiene atribuida competencia, un asunto importante a tratar sería el de la carga de prueba, es decir, en qué consiste la carga de la prueba ante Notario.

1.2.1 El criterio de la carga de la prueba

Las teorías más trascendentes en el ámbito de la prueba se han producido en los últimos siglos en el área de la carga de la prueba.

La carga de la prueba como un fenómeno jurídico ya se conocía en el derecho romano, aunque sólo en forma de carga de la prueba en el actual sentido de carga subjetiva de la prueba.

La distribución de la carga de la prueba, inicialmente partía de fórmulas muy específicas y obligatorias, que podían guiar la ponderación judicial sin gran dificultad. Más tarde, la carga de la prueba se determinó en general por la decisión judicial. Pero el criterio de imposición judicial, se mantenía en gran parte, en la oscuridad de la discrecionalidad del juez.

Fue con posterioridad a la llamada Teoría Negativa que se planteó una distinción entre los hechos positivos y negativos. Importancia práctica asumió paralelamente la Teoría de las Presunciones, que individualizan los problemas concretos de la prueba con la ayuda de supuestos, basados en una conducta individual remota. Más tarde desarrollaron la llamada Teoría de la Continuidad, con un importante y significativo impacto de la decisión en la carga concreta de

la prueba, que plantea la posibilidad de que ciertos hechos muy excepcionales, pueden afectar la distribución de la carga de la prueba.

Por último, la llamada Teoría de la posibilidad probatoria de Franz Leonhard, fue desarrollada para permitir sustentar la consecuencia jurídica de una norma sobre la base de la demostración de los hechos, no estando condicionada a la existencia de hechos objetivos. Dicho contenido está solamente relacionado con el proceso y, por lo tanto, termina reduciendo a dos los posibles resultados de una cognición judicial: hechos probados y no probados (Prutting, 2010,459).

Todas estas teorías de la prueba en la práctica, generaron gran incertidumbre, sobre todo entre las partes y una marcada falta de unanimidad en las decisiones judiciales, traducida en inseguridad.

Es en esta situación, en que aparece la Teoría de Leo Rosenberg, que asegura ser necesario que, además de la carga subjetiva de rendir la prueba ofrecida se le sume una carga objetiva, que sustente la decisión del juzgador (Prutting,2010,460).

Esta carga para la determinación, es en realidad un fenómeno central, del que deriva la carga de ofrecer y producir la prueba, como la carga de la alegación.

Rosenberg reconoció que la distribución de la carga de la prueba, no estaba sujeta a la discreción del juez, ni a los principios individuales o los resultados de las hipótesis, sino que tenía sus raíces en la ley, en la naturaleza y estructura de la norma jurídica.

Esta teoría se conoce como Teoría del Estándar probatorio, con ella se preparó la idea de concebir legalmente la carga de la prueba como un riesgo distribuido y garantizador de la seguridad jurídica.

a) La función de la carga de la prueba

Se puede entender la función de la carga de la prueba, como superación del *non liquet* (ausencia de prueba suficiente) y su ámbito de aplicación se extiende a todas las normas procesales.

En particular, se debe entender la distribución de la carga de la prueba como una forma de regular legalmente la distribución del riesgo, que suele dar lugar a que

el legislador elabore reglas de distribución, para garantizar la seguridad y previsibilidad jurídica para una igual aplicación de la ley (Prutting,2010,461).

Una inversión de la carga objetiva de la prueba, no puede sino ser una excepción de la regla general y con determinados requisitos, lo que colabora al desarrollo del derecho; no pudiendo servir, un solo caso, para fijar metodológicamente una disposición general.

El derecho probatorio y la carga de la prueba, tienen como fundamento la división entre carga objetiva y subjetiva de la prueba, que permite separar y diferenciar la carga, que realmente es carga de las partes (subjetiva), de la distribución normativa del riesgo probatorio (carga objetiva) establecida por el legislador, en tanto instrucción a los que valoran la prueba, para decidir en caso de *no liquet*.

Se demuestra así, que en todo procedimiento probatorio, debe diferenciarse en forma estricta, **la libre apreciación de la prueba, el estándar de la prueba y finalmente los fundamentos de la carga de la prueba** (Prutting ,2010,463).

Algunos doctrinarios, han criticado el concepto de carga de la prueba, porque se ha vinculado a la idea de obligación, lo que contradice la búsqueda de la justicia, porque, la obligación -en principio- puede ser exigida coercitivamente o se aplica en sustitución una sanción, lo que significa que la parte que no pueda probar por ser difícil y costosa, sería sancionado por no probar su derecho. Pero también hay que evaluar, que si el proceso tiene como norte la verdad ¿cómo puede estar sometido al criterio de carga de la prueba como regla de valoración?

De todo lo expuesto se pueden inferir dos aspectos básicos que se deben tener en cuenta, con relación al problema de la carga de la prueba, que son:

a) Probar es esencial para el resultado del proceso, actividad que compete primariamente a las partes – *onus probandi* (de nada sirve el derecho si no se prueba) cuestión que se matiza en el proceso, porque el operador jurídico tiene facultades en razón de hallar la verdad;

b) La finalidad del proceso es la realización de la justicia como garantía de los derechos de la persona; debe verse, entonces, el proceso como tutela judicial efectiva de los derechos de las personas. Tiene que compatibilizar el interés

privado con el interés público; la imparcialidad con el deber de buscar la verdad; la igualdad ante la ley con la desigualdad social y económica.

Es claro, que el sistema debe propiciar a través de los mecanismos legislativo y judicial, el equilibrio social material, una de estas formas es precisamente suplir, dentro del marco de las garantías, esa debilidad, otorgando ciertas facultades al operador jurídico para que en el proceso, pueda existir un equilibrio (Prutting,2010,464).

Ese equilibrio se logra desde el ámbito jurídico, a través de la interpretación fundamentada, en el estudio de casos jurídicos que resulta ser el sustento teórico-práctico de los asertos a que llega el investigador-evaluador jurídico, asertos que constituyen una forma de generalización. El cómo llegar a los asertos es un proceso de interpretación habitual, que ineludiblemente requiere unas reglas lógicas o de acreditación de pruebas, proceso que no dispone de normas que regulen la transformación de las observaciones en asertos; sin embargo, todos siguen con regularidad.

En ese proceso lógico y regular de transformación de las observaciones en asertos, son útiles las formas de comprender que cada investigador guarda dentro de sí, formas de comprender que son resultado de una mezcla de experiencia personal, estudio y asertos de otros investigadores. El investigador asevera lo que considera significativo como resultado de sus pesquisas, y evalúa la situación en consecuencia.

El estudio del caso jurídico debe ser paciente, reflexivo, dispuesto a considerar otras versiones del asunto que fue su objeto. La ética de la interpretación debe tener en cuenta la ética de la precaución. El operador jurídico debe intentar preservar las realidades múltiples, las visiones diferentes, e incluso contradictorias de lo que sucede.

En los estudios jurídicos después de una intensa interacción del operador jurídico con las personas involucradas en el caso, después de una aproximación constructivista en la búsqueda del conocimiento, después de considerar la intencionalidad de los participantes y su subjetividad, por descriptivo que sea el informe, en última instancia, el investigador termina por dar una visión personal

del asunto estudiado. En fin, que en dicha investigación la interpretación ocupa un lugar central.

El jurista evaluador pondrá el énfasis en la calidad de las actividades y de los procesos, reflejándose en la descripción narrativa y en los asertos interpretativos. Por ejemplo, el Notario, dispondrá de un método al emitir sus juicios en el documento público, fundamentándose en los documentos aportados y las pruebas que de la entrevista notarial se obtienen.

Puede afirmarse -entonces- que los juicios de relevancia jurídica serían interpretaciones, asertos, del operador jurídico que evalúa una situación jurídica concreta, sometándose a un proceso abierto de investigación, para lograr un conocimiento más perfecto de la misma y que son el resultado esperado de ese proceso de conocimiento del hecho o acto, son resultado del proceso de transformación de sus observaciones en asertos a través de un conjunto de operaciones lógicas.

Con los argumentos anteriores puede asegurarse que la determinación de la prueba a aportar ante Notario, es el procedimiento mediante el cual, el fedatario usa de la discrecionalidad que la ley le otorga, elaborando un juicio valorativo del caso que se somete a su conocimiento, debiendo comprobar los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para la realización del acto, a fin de alcanzar un conocimiento más perfecto de la situación fáctica que se le presenta, en aras de la seguridad jurídica.

1.3 Los procesos sucesorios sin testamento

La Ley 439 de 19 de Noviembre de 2013 Código Procesal Civil en Bolivia ha reestructurado la distribución de competencias en los ámbitos de la jurisdicción voluntaria y con ello la tramitación de la delación y aceptación de herencia en el ámbito de la sucesión intestada ha pasado a ser de competencia notarial, reconocida en la también promulgada Ley del Notariado Plurinacional Ley 483 de 25 de Enero del 2014, en su artículo 92 e) e identificada en la vía voluntaria notarial como procesos sucesorios sin testamento.

Las razones de este reordenamiento tienen que ver con la adopción de la teoría de la naturaleza administrativa sobre la jurisdicción voluntaria que, en general, es la que predomina en la doctrina italiana, francesa, alemana, y española.

Entre los autores que defienden esta teoría se encuentra Calamandrei (Calamandrei, 1999, pág. 26) quien dice que "la jurisdicción contenciosa es jurisdicción, mientras que la jurisdicción llamada voluntaria no es jurisdicción, sino que es administración ejercida por órganos judiciales." Esta función administrativa comprende, según él, todas aquellas actividades con las cuales, en formas múltiples y a través de órganos variados, el Estado interviene para integrar la actividad de los particulares dirigida a la satisfacción de sus intereses mediante el desarrollo de relaciones jurídicas., Por lo tanto la jurisdicción voluntaria formaría parte de la actividad social y no de la actividad jurídica del Estado; ya que para ésta, lo mismo que para la actividad administrativa, el derecho no es el fin sino el medio para la satisfacción de otros fines, esto es, para la constitución de nuevas relaciones correspondientes a intereses sociales dignos de especial asistencia.

Rocco, citando a Redenti, asegura que éste califica la jurisdicción voluntaria como:

existencia de atribuciones de la autoridad judicial con finalidades y caracteres particulares diversos de los de la jurisdicción propiamente dicha. Ella no tiende a la aplicación de sanciones, del mismo modo que la tutela jurisdiccional de derechos transgredidos, violados o insatisfechos, sino a desplegar injerencias de la autoridad pública en el desenvolvimiento de las relaciones o negocios ajenos con finalidad de asistencia o de control preventivo, injerencias típicamente de interés público y por tanto, substancialmente administrativas.(Rocco, 1944, 34)

Rocco por su parte asegura que:

La diferencia entre jurisdicción verdadera y propia y jurisdicción voluntaria, estriba en que la primera es verdaderamente jurisdicción, mientras que la segunda es actividad administrativa. La primera presupone ya formada la relación jurídica y quiere sólo realizarla, en tanto que la segunda supone la relación todavía no formada y quiere contribuir a constituirla (Rocco, 1944, 96)

Sostiene Guasp (Guasp, 1998, 56) que “el órgano jurisdiccional actúa como administrador, pero como administrador del derecho privado, esto es, realizando las relaciones jurídicas de derecho privado cometidos que no son jurisdiccionales, sino administrativos.”

La diferencia entre jurisdicción y administración, sostiene Couture , debe buscarse en la existencia en el primer caso y en la ausencia en el segundo de una pretensión que constituya el objeto de cada una de aquellas actividades. La función jurisdiccional está basada en la dualidad fundamental de personas que piden y personas que conceden, se mueve siempre en torno al problema de la satisfacción de una pretensión; la función administrativa no exige, conceptualmente, para su desarrollo, esta iniciativa o impulso exterior a sí misma, puede obtener la realización de sus fines mediante una conducta espontánea de los órganos a quienes está encomendada. Así, mientras la jurisdicción es función estatal de satisfacción de pretensiones, la administración es función estatal de cumplimiento de los fines de interés general. (Couture, 1993, 170)

Chiovenda por su parte, señala que el nombre de la jurisdicción voluntaria deriva de la función habitual del órgano jurisdiccional, puesto que una gran parte de estos actos se confían a los jueces, lo cual no priva que tales actos sean actos de simple administración; pero al tratarse de actos que requieren una formación especial y especiales garantías de autoridad en los órganos a los cuales son confiados, es natural que el Estado utilice a este fin la misma jerarquía judicial. Pero no todos los actos llamados de jurisdicción voluntaria se verifican por los órganos judiciales. También entre los actos de los órganos administrativos los hay que son perfectamente afines con los que la ley atribuye a los jueces como jurisdicción voluntaria. (Chiovenda, 1922, 362),

Sostiene Chiovenda que la jurisdicción voluntaria tiene siempre un fin constitutivo; los actos de jurisdicción voluntaria tienden siempre a la constitución de estados jurídicos nuevos y cooperan al desarrollo de relaciones existentes. En cambio la jurisdicción propiamente tal, tiende a la actuación de relaciones existentes. La jurisdicción civil supone, pues, en una parte la expectación de un

bien respecto de la otra, sea este bien una prestación, sea un efecto jurídico. Esto falta en la jurisdicción voluntaria, no se dan dos partes, no hay un bien garantizado contra otro, una norma de ley para actuar contra otro, sino un estado jurídico que sin intervención del Estado no podría nacer o desarrollarse o se desarrollaría imperfectamente.(Chiovenda, 1922, 370)

Adoptando –entonces- la teoría de la naturaleza administrativa de la jurisdicción voluntaria se crea la vía voluntaria notarial con la Nueva Ley del Notariado Plurinacional de Bolivia, y en razón de ella, el Notario desempeña funciones administrativas, disfrutando en ocasiones de la discrecionalidad que caracteriza a la administración.

CAPÍTULO II

2 Análisis crítico de la normativa nacional y extranjera sobre la discrecionalidad notarial en el ámbito de la determinación de la prueba en los Procesos Sucesorios sin testamento

El presente capítulo tiene la intención de analizar desde una perspectiva crítica la normativa que rige la determinación de la prueba en los Procesos Sucesorios sin testamento en Bolivia, la discrecionalidad notarial en ese marco, sus límites y sus consecuencias para la seguridad jurídica. Se aborda -además- el estudio del derecho extranjero sobre el tema en estudio utilizando el método de derecho comparado.

2.1 El derecho fundamental a la prueba como garantía dentro del debido proceso en Bolivia.

Es el derecho a ser juzgado por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente previstos, lo que constituye un principio básico del debido proceso, como garantía jurisdiccional. Sin embargo, existe igualmente una versión sustantiva del debido proceso que pretende ser un medio de controlar la razonabilidad de las leyes. Desde esta perspectiva el debido proceso tutela los derechos esenciales del individuo frente a la arbitrariedad de los poderes públicos en todo ámbito.

Entonces, para elaborar un concepto del debido proceso puede partirse de la idea de que es un límite a la actividad estatal, límite conformado por un conjunto de requisitos a cumplir por las instancias procesales que permitan al ciudadano defender sus derechos ante cualquier acto de los poderes del Estado que pudiera afectarlo. Por tanto, para conseguir un proceso justo resulta imprescindible la legitimidad de los medios empleados para ello.

En ese entendido, a los fines del debido proceso colabora la garantía de igualdad. Significa que es necesario corregir la desigualdad procesal que pueda presentarse para ciertos individuos o grupos de personas. Para que exista debido proceso legal es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. La presencia de condiciones de

desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación. Entre estas figura la intervención de traductores a favor de quienes ignoran el idioma en el que se desarrolla el procedimiento y el derecho de los extranjeros a ser informados sobre la posibilidad de acceder a la asistencia consular correspondiente (García Ramírez, 2012, 40)

Otro principio con implicaciones en el debido proceso es el principio de contradicción. En ese sentido la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ofrece un planteamiento justo y contundente de la cuestión (García Ramírez, 2012): la Corte sostiene que en todo proceso se debe mantener el equilibrio entre las partes para proveer sus derechos de defensa de sus intereses, lo que implica que rige el principio contradictorio.

Según García Ramírez, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus pronunciamientos ha reiterado que en materia probatoria rige el principio contradictorio que respeta el derecho de defensa de las partes. (García Ramírez, 2012, 41)

Cuestión a tener en cuenta en sentido del debido proceso es el contenido de la defensa efectiva. Tienen que ver con una defensa efectiva propia del debido proceso todo lo que se pone en juego con el nombramiento de defensor, el momento procesal oportuno para hacerlo, la comunicación del abogado con su representado o persona que asiste, el momento procesal oportuno para proponer las pruebas y contrarrestar las alegadas en contra.

En síntesis, para que el debido proceso se manifieste como garantía constitucional debe existir igualdad en el proceso y defensa adecuada, librándose el contradictorio en cada oportunidad procesal, para ello será imprescindible que el demandado conozca el contenido de la pretensión del actor, tenga tiempo y medios para preparar su defensa, y se mantenga al tanto del proceso con posibilidades de presentar las pruebas necesarias que permitan probar su aserto.

La fundamentación del fallo, el control constitucional del proceso y la doble instancia o derecho al recurso forman también parte integrante del debido proceso. El control de la racionalidad de la decisión resulta imprescindible en un

proceso justo, el debido proceso funciona –entonces- no solo como garantía procesal, sino como muestra de la responsabilidad política de los jueces que tienen en sus manos el control difuso de la constitucionalidad y tienen encargado de oficio la nulidad de los actos procesales que provoquen indefensión a alguna de las partes.

En tal sentido la Sentencia Constitucional Plurinacional 1094/2016-S3 de 10 de octubre, sostuvo que:

El derecho a una resolución fundamentada y motivada es uno de los componentes del debido proceso reconocido como derecho fundamental, garantía jurisdiccional y derecho humano en las normas contenidas en los arts. 115. II y 117.I de la CPE, 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).”(Tribunal Constitucional, 2016)

Sobre el mismo, la Sentencia Constitucional Plurinacional 2221/2012 de 8 de noviembre, efectuó el siguiente desarrollo:

el contenido esencial del derecho a una resolución fundamentada y motivada (judicial, administrativa, o cualesquier otra, expresada en una resolución en general, sentencia, auto, etc.) que resuelva un conflicto o una pretensión está dado por sus finalidades implícitas, las que contrastadas con la resolución en cuestión, dará lugar a la verificación de su respeto y eficacia. Estas son: (1) El sometimiento manifiesto a la Constitución, conformada por: 1.a) La Constitución formal; es decir, el texto escrito; y, 1.b) Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que forman el bloque de constitucionalidad; así como a la ley, traducido en la observancia del principio de constitucionalidad y del principio de legalidad; (2) Lograr el convencimiento de las partes que la resolución en cuestión no es arbitraria, sino por el contrario, observa: El valor justicia, los principios de interdicción de la arbitrariedad, de razonabilidad y de congruencia; (3) Garantizar la posibilidad de control de la resolución en cuestión por los tribunales superiores que conozcan los correspondientes recursos o medios de impugnación; y, (4) Permitir el control de la actividad jurisdiccional o la actividad decisoria de todo órgano o persona, sea de carácter público o privado por parte de la opinión pública, en observancia del principio de publicidad.(Tribunal Constitucional, 2012)

En cuanto el derecho al recurso, a la doble instancia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos entiende que:

(...) el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. El derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. Se busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona” (Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, 2004)

El debido proceso tiene su origen en el *due process of law* anglosajón, se manifiesta en dos sentidos fundamentales: el debido proceso sustantivo y el debido proceso adjetivo.

El debido proceso sustantivo tutela al ciudadano frente a la aplicación de leyes contrarias a sus derechos fundamentales (control de constitucionalidad). Por su parte, el debido proceso adjetivo tutela al ciudadano estableciendo garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales.

Según Bustamante :

El debido proceso comparte el doble carácter de los derechos fundamentales: es un derecho subjetivo y particular exigible por una persona y, es un derecho objetivo en tanto asume una dimensión institucional a ser respetado por todos, debido a que lleva implícito los fines sociales y colectivos de justicia (Bustamante, 2001, 101)

Por ello, el debido proceso en Bolivia se conforma como un principio, un derecho fundamental, y una garantía jurisdiccional. Desde esa perspectiva puede ser exigido por un ciudadano en especial, pero además se convierte en un poder-deber del juez como órgano judicial.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Genie Lacayo, Sentencia 29 de enero de 1997, párrafo 74, reconoce el derecho al debido proceso como:

el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra, o para la determinación

de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1997)

Desde esta última perspectiva, el derecho al debido proceso que se postula en el artículo 4 del Código Procesal Civil Boliviano se configura como responsabilidad política del juez que desde el control difuso de la constitucionalidad tiene el deber de resguardar el derecho de los ciudadanos a un proceso judicial justo y equitativo, que tenga entre sus características la certeza del derecho aplicable (en el que sus derechos se acomoden a lo establecido) y la previsibilidad de las decisiones (aplicables a los que se hallen en una situación similar), certeza y previsibilidad que conforman el principio de seguridad jurídica procesal. Hasta aquí formula el artículo 4 lo denominado por la doctrina debido proceso sustantivo.

El debido proceso adjetivo se configura en la segunda parte del mencionado artículo 4 del Código Procesal Civil Boliviano cuando afirma que el derecho al debido proceso comprende el conjunto de requisitos que debe observar toda servidora o servidor judicial en las instancias procesales, lo que especialmente remite a las garantías jurisdiccionales y derechos fundamentales que se concretan para el ciudadano boliviano en la Constitución Política del Estado, los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos y la Ley. Téngase en cuenta que la referencia aquí es al control difuso de la constitucionalidad, el control de convencionalidad y el control de legalidad que son deber insoslayable del juzgador en cada caso concreto.

De esta manera, el juez concreta su responsabilidad política asumiendo las funciones y potestades que le atribuye la exigencia del debido proceso, comprometido con los fines y valores de la sociedad boliviana constituida, la justicia, la equidad, y resulta eje principal del mantenimiento de un proyecto político protegiendo la armonía y la paz social.

Según Herrera Añez,

Así, el derecho a ser oído se constituye en el plexo sobre el que se articulan las garantías judiciales mínimas relativas al debido proceso (art. 8.2 del Pacto de San José), donde todos sus institutos de alguna manera se conectan y convergen con el derecho a la defensa. Lo relevante es que

a nadie se le condene sin que haya tenido las posibilidades reales y efectivas de proponer y practicar las pruebas que vea conveniente dentro de los límites que le permita su derecho a la defensa.” (Herrera Añez, 2014, 74)

Y es que el derecho a ser oído es basamento fundamental que permite el desarrollo en el proceso de todos los otros derechos fundamentales procesales y garantías jurisdiccionales, que de no efectivizarse dejaría en completa indefensión a la parte litigante, sin permitir el despliegue del debido proceso legal.

Sobre el derecho al debido proceso ha dicho el Tribunal Constitucional (Sentencia Constitucional Plurinacional 0425, 2012)

en la SC 1674/2003- R de 24 de noviembre, que es: ...el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo, en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar; comprende la potestad de ser escuchado presentando las pruebas que estime convenientes en su descargo (derecho a la defensa) y la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia procesal, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos. Se entiende que el derecho al debido proceso es de aplicación inmediata, vincula a todas las autoridades judiciales o administrativas y constituye una garantía de legalidad procesal que ha previsto el Constituyente para proteger la libertad, la seguridad jurídica... Debido proceso que conforme se ha establecido adquiere una triple dimensión: principio, derecho y garantía constitucional.” (Tribunal Constitucional, 2012)

Como puede comprobarse, la definición del derecho al debido proceso que ofrece el artículo 4 del Código Procesal Civil contiene una reproducción del concepto que ofrece el Tribunal Constitucional Plurinacional en las sentencias de referencia, además apunta la sentencia una serie de contenidos jurídicos importantes que están incluidos en este derecho macro que es el derecho al debido proceso.

Según el Tribunal Constitucional Plurinacional el derecho al debido proceso comprende el derecho a la defensa, que contiene el derecho a ser escuchado y se extiende al ámbito probatorio, en la posibilidad de aportar las pruebas para su

descargo, siempre teniendo en cuenta el cumplimiento de los requisitos procesales de cada instancia y que el derecho al debido proceso es una defensa que se arbitra constitucionalmente para que el ciudadano pueda defenderse adecuadamente de cualquier acto del Estado que afecte sus derechos, entendiéndose un acto judicial, administrativo, u otro cualquier acto del Estado.

Se dice del derecho al debido proceso que éste resulta de aplicación inmediata lo que significa que no necesita desarrollo legal, es decir, con su consideración como derecho constitucional fundamental puede ser exigido directamente por el ciudadano protegido.

La Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-217/96 ha definido la aplicación inmediata de la siguiente forma:

el derecho al debido proceso es de aplicación inmediata, lo que significa que, para alegarlo, hacerlo valer, aplicarlo, reivindicarlo y exigir las sanciones pertinentes por su violación no se necesita ley alguna que lo establezca o permita, en otros términos, la certidumbre y eficacia de la garantía constitucional no está supeditada a normas de orden legal que conduzcan a hacerla material y actualmente exigible (Corte Constitucional, C-217/96)

Debe hacerse una precisión importante en este asunto. Es cierto que la efectividad del derecho constitucional al debido proceso no necesita de desarrollo legal alguno para ser exigible, sin embargo, en el procedimiento concreto es preciso observar detalladamente la normativa procesal legal para determinar si existe o no violación de los contenidos del debido proceso.

Igualmente el debido proceso es garantía de legalidad procesal que asegura al ciudadano el derecho a un proceso que cumpla con todos los requerimientos establecidos para ello en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, la Constitución y la ley.

Todas estas razones abonan la conformación del debido proceso como un principio, un derecho y una garantía. Es un principio reconocido para la jurisdicción ordinaria en el artículo 180 de la Constitución Política del Estado Plurinacional. En razón de su reconocimiento como principio de la jurisdicción ordinaria delimita la actuación del poder judicial, es vinculante para el juez y

juega un papel central en la interpretación fundamentada que justifica la decisión judicial. Como un derecho, ofrece al ciudadano la facultad de exigir un proceso judicial que cumpla con todos los requerimientos procesales establecidos por la Constitución, la ley y los Tratados Internacionales sobre derechos humanos. Y como garantía, el debido proceso incrementa la confianza del ciudadano e impone un deber al Estado en el estricto cumplimiento de la ley, la certeza del derecho y la previsibilidad que tributan al mantenimiento de la seguridad jurídica, la libertad y la justicia social para vivir bien.

De todo lo dicho anteriormente, puede deducirse que, el derecho a la prueba es una garantía procesal y un derecho fundamental que habita dentro de una categoría de derecho fundamental superior: la del debido proceso.

Según la investigación de Ruiz Jaramillo,

El derecho a la prueba es fundamental en la medida en que es inherente a la persona y tiene además diversos mecanismos de refuerzo propios de los derechos fundamentales. El contenido esencial del derecho a la prueba es la posibilidad que tiene la persona de utilizar todos los medios posibles en aras de convencer al juez sobre la verdad del interés material perseguido. Se caracteriza, además, por ser un instrumento de la persona por lo que de manera alguna puede expandirse hasta el límite de arrasar con los demás derechos fundamentales. Se trata de un derecho subjetivo exigible al juez cuyo objeto es una acción u omisión en la actividad probatoria. Incluso, en su conexión con el derecho al acceso a la justicia, puede tratarse de una prestación económica para hacer seriamente efectivo este derecho, operando en todo tipo de proceso judicial o extrajudicial.

(...) El contenido esencial de este derecho pone el acento en uno de sus aspectos más característicos y es la conexión entre la actividad procesal y el derecho material. Conexión que no es otra, que la verdad sobre los presupuestos fácticos del derecho material. La prueba es el elemento conector entre el derecho procesal y el sustancial, es el puente entre ellos. Las instituciones procesales y sus garantías son los condicionamientos de legitimidad constitucional de la determinación que hace el juez sobre la verdad jurídica y fáctica. Las diversas garantías procesales y probatorias son instrumentos de validez constitucional de la decisión del juez sobre la verdad jurídica y la verdad fáctica.

(...)El derecho a la prueba es un derecho negativo que implica la obligación correlativa del Estado frente al titular de ese derecho consistente en un no hacer; abstenerse de vulnerar el derecho de la parte al aseguramiento, la proposición, admisión y valoración racional de la prueba. Simultáneamente, implica una obligación positiva por parte del Estado de contribuir a la efectividad de este derecho y de los valores que representa, obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o un valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa. Estos supuestos para hacer efectivo el derecho a probar son el establecimiento de una regulación normativa, el disponer de la existencia de una infraestructura económica y la asistencia legal que permitan el acceso a la justicia al ciudadano para efectos de hacer realidad la actividad probatoria. (Ruiz Jaramillo, 2007, 184-196)

2.2 Probar ante Notario. La determinación notarial de la prueba

Aunque la concepción más general de la prueba se entiende siempre relacionada con el procedimiento judicial, todos coinciden en que sus manifestaciones tienen un espectro mucho más amplio, porque resulta necesario probar, en cuanto procedimiento intenta determinar derechos para los interesados. Así el derecho probatorio se extiende a regular las maneras y medios de prueba que pudieran presentarse en cualquier instancia en la que se determinen derechos para los particulares.

Sin duda, la función notarial, es una instancia que pertenece a la administración del Estado y aunque el Notario es un profesional del derecho que gestiona su oficina privadamente, está investido -por delegación del Estado- de una función pública como la dación de fe y conoce del más importante procedimiento en tal sentido: el procedimiento para conformar la forma pública documental, regulado por la Ley 483 del Notariado Plurinacional y su reglamento.

Además, la propia Ley 483 del Notariado Plurinacional amplió la competencia notarial -por la desjudicialización- con algunos procedimientos voluntarios que desde la fecha son conocidos y resueltos por el Notario. La llamada Vía voluntaria notarial, acoge un grupo de situaciones necesarias de determinación jurídica, que el Notario formando expediente y cumpliendo con un determinado procedimiento -en el que la prueba de la situación que se documenta resulta

imprescindible- resuelve autorizando en escritura pública la determinación de tales derechos.

Esos procedimientos notariales precisan de la prueba efectiva y oportuna, que permita al Notario estar seguro y formar convicción acerca de los derechos que se determinan en el documento notarial y esta necesidad de prueba se manifiesta como un derecho-deber ineludible para los comparecientes de aportar las pruebas necesarias y no solo como un derecho potestativo que puede o no utilizarse, como ocurre en el procedimiento judicial.

Es así que, se concluye en la necesidad de aplicar el derecho probatorio al ámbito notarial, abordando las formas y maneras en que transcurre la prueba ante Notario dentro de los procedimientos que atiende, para especialmente estudiar las formas en que se realiza el derecho-deber de prueba en un ámbito extrajudicial marcado por la ausencia de contienda entre las partes, y el exhaustivo control de legalidad como deber notarial imprescindible.

2.2.1 La prueba en los procedimientos notariales, etapas probatorias: requerimiento y aportación, actuación y valoración.

Desde la propia rogación, el procedimiento notarial no puede iniciar sin la prueba de los derechos que los requirentes pretenden actuar. Si se apunta directamente al procedimiento para hacer la forma pública, la prueba de los derechos a actuar por los requirentes resulta un requisito de procedibilidad para el Notario, porque sin la prueba es imposible desarrollar la fase de evidencia de la fe pública.

Por ello, se afirma que el derecho a la prueba en el ámbito notarial no es exactamente potestativo como en el proceso judicial, sino un deber de los requirentes del servicio notarial, sin el que no es posible, ni siquiera iniciar el procedimiento. **Así que el derecho a la prueba en el ámbito notarial se transforma en un derecho-deber de los requirentes y requisito de procedibilidad para el procedimiento notarial.**

Por su parte el Notario, en su posición de asesor del procedimiento necesita formar convicción sobre una serie de cuestiones que tienen que ver con un deber esencial del notario: el control de la legalidad del acto que documenta. Dentro de ese control de legalidad debe estimar contenidos del derecho de tratados sobre

derechos humanos firmados por Bolivia, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos en ese sentido, que forman parte del bloque de constitucionalidad, a lo que se denomina control de la convencionalidad; debe realizar –además- un control de constitucionalidad, referido a los derechos reconocidos materialmente en la Constitución; el control de la legalidad, referido al cumplimiento de las leyes que en todo sentido tienen que ver con el acto que se documenta, y en razón de ello, ofrecer los juicios de identidad y capacidad que aseguran la aptitud del sujeto que comparece para actuar los derechos que se comprometen en el acto que se documenta.

Los sujetos del acto que se documenta no tendrán -en ningún sentido- que aportar al notario pruebas sobre la ley aplicable, que el Notario debe conocer, con excepción de aquellos casos en los que resulta la aplicación de leyes especiales en razón de la ciudadanía del sujeto requirente, es decir, en la autorización de documentos donde aparece el elemento extranjero, en cuyo asunto el Notario podrá solicitar la prueba del derecho extranjero aplicable al tema en cuestión, si no conoce la ley personal del solicitante.

Sin embargo, la obligación probatoria se refuerza en contratos que tienen como objeto derechos reales sobre inmuebles, donde resulta imprescindible cumplir los requerimientos urbanísticos, catastrales, y de registro de derechos reales, que serán necesarios probar ante notario en cualquier acto que implique tales derechos. Así es, que el Notario exigirá a los interesados, que aporten la prueba de todos aquellos pormenores necesarios a la correcta conformación del acto jurídico de que se trate en aras del cumplimiento de su deber de control de la legalidad. De igual manera tendrán que actuar los interesados en la tramitación de cualquiera de los procesos voluntarios incluidos en la llamada vía voluntaria notarial.

Aquí aparece la discrecionalidad notarial en cuanto a la determinación de la prueba a aportar ante Notario por los solicitantes del servicio, porque lo que la ley le exige al Notario es el control de la legalidad como deber insoslayable y como responsabilidad inexcusable, razón por la que la propia técnica normativa de la Ley Notarial y su reglamento ofrecen ese margen de discrecionalidad para

que el Notario pueda ajustar la determinación de la prueba a aportar al caso concreto que instrumenta.

Luego del aporte de las pruebas exigidas al procedimiento notarial de que se trate, corresponde al notario evaluar la posibilidad de practicar cuantas más pruebas sean necesarias para asegurarse de las cuestiones imprescindibles a la validez del acto, e incluso puede actuar las que determine en aras del cumplimiento del deber de comprobación de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para la realización de los actos y contratos, que establece el artículo 18 inciso i de la Ley 483 del Notariado Plurinacional.

Esto significa que el Notario para autorizar el documento notarial debe despejar toda duda razonable sobre la perfección del acto que se documenta, y su deber de comprobación tiende a la realización de dicho resultado, estando obligado - para ello- a desplegar el nivel más elevado de diligencia debida.

Resalta, en este punto, la diferencia entre los poderes probatorios del juez y los poderes probatorios del Notario.

Se configuran como límites a los poderes probatorios del juez:

- a) El debido proceso en su triple dimensión, principio, derecho y garantía constitucional, que los poderes probatorios del juez deben respetar
- b) El principio dispositivo en relación a que solo podrán ser objeto de prueba de oficio los hechos controvertidos o relevantes aportados por los sujetos procesales, y
- c) El principio de carga de la prueba, en razón de que solo podrá el juez diligenciar prueba de oficio sobre una prueba ya producida en el proceso por las partes y en este caso deberá librar el contradictorio procedente en cada caso concreto para garantizar el derecho de defensa.

Sin embargo, en el ámbito Notarial, los poderes probatorios del Notario están limitados únicamente por el requerimiento notarial para el que se encuentra rogada su función y por tanto, legitimado su actuar. En ese ámbito, cualquier comprobación es posible para el Notario y por tanto, podrá desplegar cualquier medio de prueba a fin de asegurar la perfección del acto que se documenta.

Incluso, puede solicitar diligencia probatoria que permita asegurar la identidad de las personas, y la capacidad de los comparecientes cuando tales circunstancias ofrecen dudas al Notario que debe emitir un juicio de identidad y capacidad de los participantes en el acto. Valga precisar que, el tal juicio de capacidad incluye cuestiones a valorar como: la capacidad de obrar del compareciente, la legitimación en los derechos que actúa, y la capacidad de disposición del derecho en sí.

Para la determinación de cada una de estas cuestiones el Notario podrá oficiar prueba, si alberga dudas. Por ejemplo, podrá solicitar un peritaje por psicólogo o psiquiatra acreditado que verifique la capacidad de discernimiento del compareciente en cuestión, certificación que acredite el estado conyugal de la persona al momento de adquirir el bien de que se dispone, autorización de Juez competente para el caso de disposición de bienes de menores de edad por sus padres o tutores, entre otras.

Con todo lo afirmado puede asegurarse que las etapas probatorias ante notario - etapa de requerimiento y aportación de pruebas por el Notario, etapa de actuación de las pruebas y etapa de valoración de las pruebas por parte del Notario- coinciden con las fases conformadoras de la fe pública notarial, fase de evidencia, fase de solemnidad, fase de objetivación y fase de coetaneidad, de la siguiente manera:

La primera fase de la fe pública es la fase de evidencia, en ella el Notario solicita toda prueba necesaria para la correcta conformación de su juicio acerca de la validez y legalidad del acto o hecho que documenta la identidad y capacidad de las partes, usando el poder discrecional que la ley le confiere.

En esta fase, toda esta evidencia solicitada se hace efectiva, objetiva, se documenta en informes, presencia de peritos, declaraciones de testigos, por tanto en esta fase se actúa la prueba requerida por el Notario y se aporta por los interesados al procedimiento notarial de que se trate.

En la fase de solemnidad, el Notario entra en la etapa de cumplimiento de las formas establecidas por ley, fase en que valora las pruebas aportadas y si su juicio es positivo, entonces termina por conformar y redactar el documento

notarial rogado, que puede ser escritura pública, si se trata de documentar un acto jurídico que genera, modifica o extingue una relación jurídica; o acta notarial, si se trata de documentar un hecho, acto o circunstancia de relevancia jurídica, utilizando las técnicas de redacción diferentes que cada uno de estos documentos tiene asignadas según Ley.

En la fase de objetivación, aparece el documento escrito, que las partes ratifican con el Notario, es decir a partir de la prueba producida ante Notario, se conforma un documento de valor probatorio superior, la prueba documental pública.

La última fase de conformación de la fe pública notarial es la fase de coetaneidad, que implica repetir por el Notario en el momento mismo de la autorización notarial, todas las fases anteriores, lo que significa en cuanto al contenido probatorio, recuperar la evidencia tenida en cuenta para valorar y ofrecer -en vista de su valoración final- los juicios notariales de legalidad, identidad y capacidad requeridos por el acto de que se trate, de los cuales el Notario da fe al autorizar el documento notarial.

2.3 Los Procesos sucesorios sin testamento en la Ley 483 del Notariado Plurinacional y su reglamento. La determinación de la prueba a presentar ante Notario

Los procesos sucesorios sin testamento son aquellos procedimientos de jurisdicción voluntaria que pasan a competencia notarial con la promulgación de la Ley 483 del Notariado Plurinacional de 25 de enero del 2014, y que tienen como objetivo definir la delación hereditaria ante la muerte sin testamento del causante, para determinar la aceptación o la renuncia a la herencia de los legitimados por ley para ello.

Están regulados por la Ley 483 en su título quinto denominado Vía voluntaria notarial. Son atribuidos a competencia notarial según el inciso e del artículo 92 de la Ley 483 del Notariado Plurinacional.

La vía voluntaria notarial acoge a los procesos de jurisdicción voluntaria que fueron desjudicializados y según dispone la Ley 483, es el trámite ante la notaria o el notario de fe pública por el que se crea, modifica o extingue una relación

jurídica con las regulaciones que la norma notarial impone.(Bolivia, Ley 483, Artículo 89)

En el artículo 90 de la Ley 483 se precisan algunas características de la procedencia de tales tramitaciones y en relación con el tema que se estudia, interesa que en el apartado II la ley dispone que en la tramitación de tales asuntos, la notaria o el notario será responsable de garantizar la seguridad jurídica y los derechos de todos los concurrentes.

Que al Notario se le atribuya cierta responsabilidad en el ámbito de garantizar la seguridad jurídica por esta norma, es un ejemplo de cómo en la Ley 483 y su reglamento utiliza el uso de conceptos con indeterminación radical como técnica normativa necesaria en los casos en que la ley no puede determinar con anterioridad las acciones específicas a realizar por el notario ante las distintas situaciones fácticas que pueden presentarse en la realidad y en las cuales debe resguardar la seguridad jurídica.

Resguardar la seguridad jurídica significa asegurar para el futuro y ofrecer certeza a los derechos que nacen de los actos autorizados por el notario, responsabilidad que podrá cumplir solo en la medida que el notario sea diligente en la comprobación (a través de la prueba presentada ante notario) de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para la realización de los actos y contratos, tal como lo afirma el inciso i del artículo 18 (Deberes) de la Ley 483, que redunda sin dudas, en una de sus atribuciones más importantes, la que dispone el inciso d del artículo 19 del propio texto legal, de controlar y dar legalidad al acto jurídico que documenta así como a hechos, actos, y negocios jurídicos o circunstancias contenidas en el documento notarial que se refiera.

Por eso, el legislador a través de esta técnica normativa, que implementa el uso de conceptos jurídicos de indeterminación radical, deja estas precisiones al arbitrio del notario o notaria que tendrá un margen de discrecionalidad administrativa en tal sentido y que tiene como consecuencia para su función la responsabilidad de tomar una decisión razonable y equilibrada.

También en la definición de principios que hace el artículo 91, la ley 483 determina que entre los principios que rigen la vía voluntaria notarial se tendrá

en cuenta entre otros, el de legalidad, lo que autoriza que en los casos difíciles que puedan llegar a conocimiento notarial en materia de sucesiones sin testamento, tendrá siempre en su autorización que ajustarse a lo establecido en la normativa legal vigente al efecto, es decir, serán de aplicación las reglas establecidas en el Código Civil referentes a sucesiones intestadas; normas regulatorias que sin dudas, acotan la discrecionalidad otorgada anteriormente.

Por su parte en el Reglamento de la Ley 483, Decreto Supremo 2189 del 2014, en su capítulo VI Vía voluntaria notarial, en su Sección V desarrolla la regulación normativa del procedimiento notarial para trámites en materia sucesoria.

La regulación determina en su artículo 109 apartado I, que el trámite de sucesión sin testamento se realiza con una petición escrita y procede para la aceptación de la herencia conforme al Código Civil. El apartado II define que la petición deberá adjuntar certificación de defunción original del causante y los documentos que acrediten la calidad de heredero. El siguiente apartado III del mismo artículo dispone que el notario de fe pública verificará la documentación presentada y autorizará la escritura pública que declare la aceptación de herencia del causante, a quienes hubiesen acreditado su derecho, salvando los derechos sucesorios de otras personas.

Así mismo, para el caso de renuncia a la herencia, establece el apartado IV de ese mismo artículo 109, que el notario actuante verificará la documentación presentada y se autorizará la escritura pública que declare la renuncia a la herencia del causante.

Este es el único artículo que ordena la tramitación notarial de los procesos sucesorios sin testamento, ante la inmensa cantidad de situaciones que pueden presentarse ante notario, a consecuencia de la atribución de competencia sobre estos procedimientos, lo que indica que en estos casos igualmente en el ámbito reglamentario se usa la técnica normativa de los conceptos jurídicos indeterminados, abriendo para el Notario un ámbito de discrecionalidad administrativa inmenso -cuando el apartado II del artículo 109 del reglamento afirma que la petición al Notario deberá ser acompañada por los documentos que acrediten la calidad de heredero- acotado siempre por las normas que desde el

derecho sucesorio sustantivo permiten determinar la delación de la herencia (quienes tienen derecho a aceptar o renunciar la herencia) y delimitan el derecho de los herederos abintestato a aceptar o renunciar la misma.

Nótese que la comentada norma determina la aportación de prueba en cuanto al certificado de defunción del causante, pero utiliza un concepto jurídico indeterminado al mencionar seguidamente que se aportarán los documentos que acrediten la calidad de heredero, dejando así, como responsable al Notario de la determinación de la prueba en cada caso concreto.

2.4 Estudio del derecho extranjero sobre el tema en estudio

Para el estudio del derecho extranjero sobre el asunto que se investiga, se han seleccionado tres países: Colombia, Ecuador y Perú teniendo en cuenta la vecindad geográfica, la tradición jurídica que emparenta el desarrollo del Notariado en cada uno de esos países y los lazos de integración jurídica que entre los mismos existe dentro de la Comunidad Andina de Naciones. En tal sentido se analizará en cada ordenamiento jurídico como se comporta la determinación de la prueba a aportar ante Notario en los procesos sucesorios abintestato.

2.4.1 Colombia

La competencia sobre la determinación de los derechos sucesorios ante el fallecimiento del causante son atribuidas al Notario en Colombia.

El Decreto 902 de 1988 (mayo 10) por el cual se autoriza la liquidación de herencias y sociedades conyugales vinculadas a ellas ante notario público y se dictan otras disposiciones, en su artículo 2 y refiriéndose a la petición de los presuntos herederos ante notario dispone:

Artículo 2º La solicitud deberá contener: el nombre y vecindad de los peticionarios y la indicación del interés que les asiste para formularla; el nombre y último domicilio del causante, y la manifestación de si se acepta la herencia pura y simplemente o con beneficio de inventario, cuando se trate de heredero.

Además, los peticionarios o sus apoderados, deberán afirmar bajo juramento que se considerará prestado por la firma de la solicitud que no conocen otros interesados de igual o mejor derecho del que ellos tienen,

y que no saben de la existencia de otros legatarios o acreedores distintos de los que se enuncian en las relaciones de activos y pasivos que se acompañan a la solicitud.

No obstante, si de los documentos aportados con la solicitud se infiere que el causante había contraído matrimonio, el notario exigirá que la solicitud sea presentada conjuntamente con el cónyuge, a menos que se demuestre su muerte o la disolución de la sociedad conyugal.

La ocultación de herederos, del cónyuge supérstite, delegatarios, de cesionarios de derechos herenciales, del albacea, de acreedores, de bienes o testamento, y la declaración de pasivos no existentes, hará que los responsables queden solidariamente obligados a indemnizar a quienes resulten perjudicados por ella, sin perjuicio de las sanciones que otras leyes establezcan. (Colombia, 2023, 2)

Como es de notar, aquí la ley trata de precisar los documentos de prueba que deben aportar los solicitantes ante notario, haciéndolos responsables por declaración bajo juramento, de que no conocen a nadie más que esté interesado o tenga derechos en la herencia que se tramita, advirtiéndoles de que se convierten en responsables de una obligación solidaria a indemnizar por los daños que pudieran causar., creando determinados límites con ello a la determinación de la prueba ante notario.

Aún así, afirma la norma la facultad discrecional del Notario, de pedir o no certificación de matrimonio del causante, si infiere que había contraído matrimonio, sin determinar qué otros documentos necesitan aportarse ante Notario, lo éste definirá según el caso, ampliando su poder discrecional al efecto.

2.4.2 Ecuador

El artículo 18 de la Ley Notarial ecuatoriana atribuye a los Notarios las siguientes funciones:

Artículo 18: Son atribuciones de los Notarios además de las constantes en otras leyes: (...)12. Receptar la declaración juramentada de quienes se creyeren con derecho a la sucesión de una persona difunta, presentando la partida de defunción del de cujus y las de nacimiento u otros documentos para quienes acrediten ser sus herederos, así como la de matrimonio o sentencia de reconocimiento de la unión de hecho del cónyuge sobreviviente si los hubiera. Tal declaración con los referidos instrumentos, serán suficientes documentos habilitantes para que el

Notario conceda la posesión de los bienes proindiviso del causante a favor de los peticionarios, sin perjuicio de los derechos de terceros. Dicha declaración constara en acta notarial y su copia será inscrita en el registro de la propiedad correspondiente. (Ecuador, 2023, 6)

Nótese que el texto del artículo utiliza como técnica normativa el uso de conceptos indeterminados, cuando expresa que se presentarán como prueba ante Notario -por quienes pretenden el derecho a la sucesión de una persona difunta- una series de documentos, de los cuales cita específicamente algunos, ordenando determinados límites, pero ante la imposibilidad de acotar todos los supuestos posibles en la realidad, usa la expresión “u otros documentos para los que acrediten ser sus herederos” texto normativo que abre el poder discrecional del notario para solicitar, valorar y aceptar esos otros documentos que no precisa la ley

2.4.3 Perú

En el Perú la Ley de competencia notarial en asuntos no contencioso, deriva la atribución notarial de conocer la sucesión intestada a competencia notarial.

Artículo 1.- Asuntos No contenciosos. - Los interesados pueden recurrir indistintamente ante el Poder Judicial o ante Notario para tramitar según corresponda los siguientes asuntos: 1. Rectificación de partidas; 2. Adopción de personas capaces; 3. Patrimonio familiar; 4. Inventarios; 5. Comprobación de Testamentos; 6. Sucesión intestada. (Perú,1996, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos Ley n° 26662)

En su artículo 38 trata de especificar cuáles son los documentos de prueba que tendrán que presentar los requirentes del servicio notarial para iniciar el trámite correspondiente de sucesión intestada

Artículo 38.- Procedencia. - La solicitud será presentada por cualquiera de los interesados a que alude el Artículo 815 del Código Civil; ante el notario del lugar del último domicilio del causante. Artículo 39.- Requisitos.- La solicitud debe incluir: 1. Nombre del causante; 2. Copia certificada de la partida de defunción o de la declaración judicial de muerte presunta; 3. Copia certificada de la partida de nacimiento del presunto heredero o herederos, o documento público que contenga el reconocimiento o la declaración judicial, si se trata de hijo extramatrimonial o adoptivo; 4. Partida de matrimonio si fuera el caso; 5. Relación de los bienes conocidos; 6. Certificación Registral en la que conste que no hay inscrito

testamento u otro proceso de sucesión intestada; en el lugar del último domicilio del causante y en aquél donde hubiera tenido bienes inscritos.(Perú, 1996, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos Ley n° 26662)

Sin embargo, nótese cómo - aunque establece algunos límites a la aportación de documentos prueba ante Notario- resulta imposible para el legislador abordar todos los probables escenarios en el ámbito de la sucesión intestada del causante, por ejemplo, en el caso de que los herederos sean los hermanos del causante. En auxilio de esas situaciones no contempladas de manera precisa por la Ley acude el Decreto Legislativo del Notariado Peruano, publicado en 2008 que en su artículo 16 en relación con el 57 del mismo texto legal ofrecen al Notario el poder de discrecionalidad necesario para ajustar lo reglado a las situaciones jurídicas de la realidad que necesitan de ello. Aparecen en cursivas las expresiones que permiten al notario la discrecionalidad necesaria para ajustar las situaciones cambiantes de la vida real a la normativa vigente.

Artículo 16. Obligaciones del Notario.

El Notario está obligado a: (...)

d) Requerir a los intervinientes la presentación del documento nacional de identidad – DNI y los documentos de identidad o de viaje determinados para la identificación de extranjeros en el territorio nacional, además de la respectiva calidad migratoria vigente conforme a la normativa sobre la materia, la constancia de presentación de la declaración jurada informativa sobre beneficiario final ante la SUNAT; documento que acredite que el beneficiario final ha cumplido con proporcionar información sobre su identidad a la persona jurídica o ente jurídico, cuando corresponda; *así como los documentos exigibles para la extensión o autorización de instrumentos públicos notariales protocolares y extra protocolares.*

Artículo 57. Contenido del Cuerpo de la Escritura

El cuerpo de la escritura contendrá:

- a) La declaración de voluntad de los otorgantes, contenida en minuta autorizada por letrado, la que se insertará literalmente.
- b) Los comprobantes que acrediten la representación, cuando sea necesaria su inserción.
- c) Los documentos que los otorgantes soliciten su inserción.
- d) Los documentos que por disposición legal sean exigibles.
- e) Otros documentos que el notario considere convenientes. (Perú, 2008, Decreto Legislativo del Notariado Peruano)

Este último inciso reconoce en cualquier caso el poder discrecional del Notario en aras del control de legalidad que le compete.

2.5 Conclusión parcial

Puede concluirse después de este repaso del derecho extranjero, que es imprescindible a la legislación notarial comparada en el área geográfica estudiada, el reconocimiento de la facultad discrecional del Notario para la determinación de la prueba necesaria en los procesos sucesorios sin testamento con algunos límites que se precisan en las propias normativas vigentes en cada país.

Tabla 1: Derecho comparado

Item de comparación	Colombia	Ecuador	Perú
Competencia sobre sucesión intestada	Si	Si	Si
Poder discrecional del notario para determinar la prueba a presentar en tales casos	Si	Si	Si
Establece algunos límites la norma que habilita el poder discrecional del Notario	Si	Si	Si

Fuente: Elaboración propia, 2023

CAPÍTULO III

3 Análisis y procesamiento de la información

El marco práctico de esta investigación tiene como principal objetivo elaborar un diagnóstico sobre el criterio de la comunidad jurídica notarial boliviana en cuanto a los límites de la discrecionalidad notarial en el ámbito de los Procesos Sucesorios sin testamento, para ello se seleccionaron expertos, utilizando un muestreo no probabilístico. Se preparó una encuesta, y se utilizó -además- el método estadístico para el procesamiento de los datos obtenidos.

3.1 Recolección, análisis e interpretación de los datos.

La técnica de recolección de datos utilizada en esta investigación ha sido el cuestionario y la estadística. El cuestionario está conformado por un conjunto de preguntas escritas, que -aplicado a personas consideradas expertos en el tema a investigar- permiten obtener información empírica necesaria al investigador para resolver el problema de investigación.

En la aplicación del cuestionario el investigador tendrá que tener en cuenta las fases que debe seguir inexorablemente. Las fases a seguir, según Chávez de Paz (Chávez de Paz, 2017: 32), son las siguientes:

- a) Determinación de los objetivos del cuestionario, que están referidos a obtener información para analizar el problema motivo de la investigación.
- b) Identificación de las variables a investigar, que orientan el tipo de información que debe ser recolectada.
- c) Delimitación del universo o población bajo estudio, donde será aplicado el cuestionario; las unidades de análisis o personas que deben responder al cuestionario; y el tamaño y tipo de muestra de unidades de análisis que permita identificar a los informantes y al número de ellos.
- d) Selección del tipo de cuestionario y forma de administración.
- e) Elaboración del cuestionario como instrumento de recolección de datos.
- f) El pretest o prueba piloto.

- g) Aplicación del cuestionario o trabajo de campo para la recolección de los datos.
- h) Crítica y codificación de la información recolectada.
- i) Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información recolectada

El cuestionario puede elaborarse con dos tipos de preguntas:

- a) La pregunta cerrada o estructurada; es la más utilizada y presenta respuestas determinadas que el encuestado deberá elegir. En este tipo de preguntas siempre existe el riesgo de que la respuesta que quisiera ofrecer el encuestado no esté prevista; por ello, es preciso incluir en este tipo de preguntas una opción de respuesta que favorezca tal posibilidad. La principal ventaja de este tipo de pregunta es que facilita su procesamiento y análisis estadístico.
- b) La pregunta abierta o desestructurada que deja en total libertad para expresarse en cualquier sentido al encuestado. Su ventaja es que puede obtenerse una información fidedigna del encuestado, pero es difícil de procesar a nivel estadístico.

Así que, en el proceso de investigación por encuesta, primeramente, se plantean los objetivos y se prepara el instrumento de recogida de información, con posterioridad se realiza la planificación de la recogida de datos y por último, se ordena el análisis e interpretación de la misma. El cuestionario está dirigido a realizar el diagnóstico de criterios de la comunidad jurídica nacional sobre el tema, por tanto, se debe diseñar en correspondencia con ella. Además, se aplicó encuesta a una muestra no probabilística de jueces, notarios y abogados en ejercicio libre, de las ciudades que conforman el eje central del país, para conocer sus criterios al respecto.

En este sentido, se trabajó según indica Ruiz, (Ruiz, 2014) entendiendo la operacionalización como proceso fundamental en la construcción del instrumento que consiste en traducir las dimensiones en elementos medibles; es decir, pasar de las dimensiones a los indicadores, y de los indicadores a las preguntas. A continuación, se elabora la tabla de especificación que recoge las dimensiones, los indicadores y los ítems que les corresponden. Este

procedimiento –junto con la validación por jueces– permite probar la validez de contenido, que consiste en comprobar si las dimensiones quedan cubiertas con preguntas adecuadas. Como resultado de este proceso, se elabora la primera versión del cuestionario (Escofet, et al., 2016).

Tabla 2: Tabla de Especificación
Relación conceptos, dimensiones, indicadores e ítems

Conceptos.Definición	Dimensiones	Indicadores	Ítems
Límites de la discrecionalidad notarial en el ámbito de la determinación de la prueba necesaria a presentar ante Notario por los solicitantes de procesos sucesorios sin testamento en Bolivia. Línea de actuación que no debería ser superada bajo ninguna circunstancia por el Notario, en el uso de su facultad discrecional al momento de determinar la prueba en procesos sucesorios sin testamento en Bolivia	Dimensión teórica	• Teorías • Doctrinas	1-3 1-3
	Dimensión normativa	• Definición normativa precisa	4-6
		• Imprecisión normativa	4-6
		• Ausencia de regulación normativa	4-6
	Dimensión empírica	• Criterios a favor de la discrecionalidad limitada	7-9
		• Criterios en contra	7-9

Fuente: Elaboración propia, 2023

Si como se ha dejado dicho, la validez de contenido del cuestionario, se refiere al grado en que el proceso de pasar de lo teórico a lo empírico mide el concepto en cuestión (Ruiz, 2014) resultó necesario someter la primera versión de las

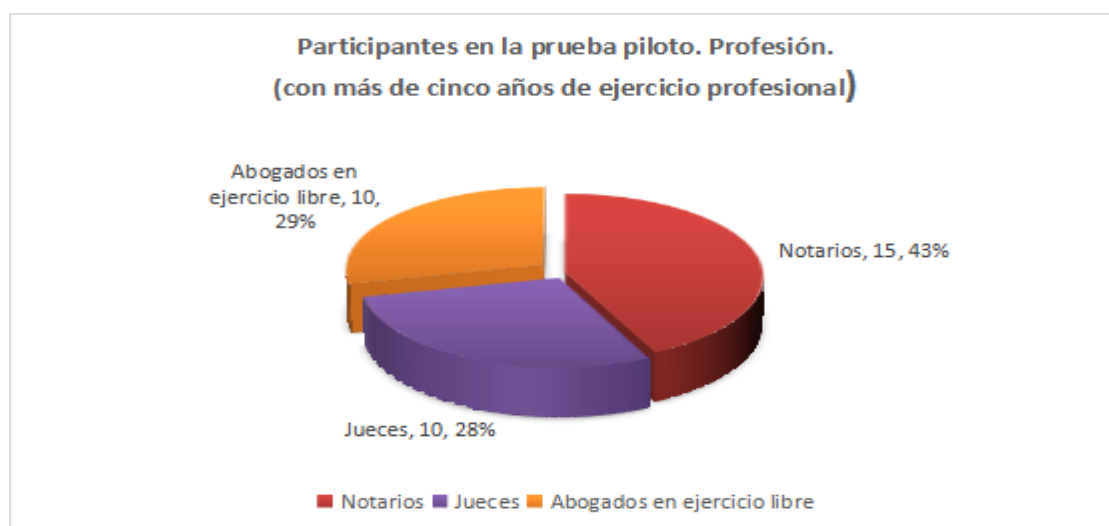
encuestas a un procedimiento de validación por expertos, para demostrar la validez de contenido de las mismas. En este proceso participaron 10 profesionales (entre abogados, notarios y jueces) expertos en la materia, seleccionados por la investigadora, cuyos criterios acerca del instrumento de medición -en cuestión- fueron incorporados al mismo, elaborándose la segunda versión de la encuesta.

Esta segunda versión de la encuesta se somete a una prueba piloto. Los objetivos que orientan la aplicación de la prueba piloto de las encuestas son los siguientes (Escofet, et al., 2016):

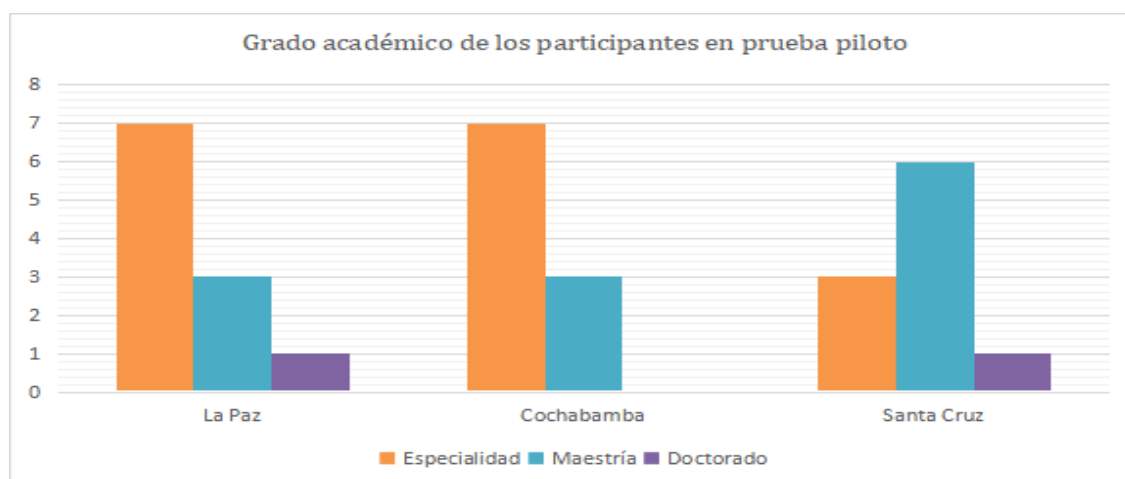
- 1) probar la fiabilidad de la encuesta
- 2) comprobar si los expertos a los que se destinan las encuestas, entienden correctamente los diferentes ítems planteados
- 3) probar si las encuestas se pueden resolver en un tiempo razonable;
- 4) ver si es posible cerrar las opciones de respuestas de alguna de las preguntas, tomando en cuenta las respuestas recibidas
- 5) comprobar si se trata de encuestas de interés para los expertos seleccionados
- 6) analizar si los ítems formulados responden a los objetivos para los que están diseñados

La prueba piloto de la encuesta fue realizada a un grupo de profesionales escogidos entre los que tenían más de cinco años de servicio como Notarios, jueces o abogados que ejercen la profesión libre, con grado en derecho; en un total de 30 profesionales, de las ciudades del eje troncal del país: La Paz, Cochabamba y Santa Cruz.

En la siguiente figura se representan las características de los participantes en la prueba piloto de la encuesta:

Gráfico 1

Fuente: Elaboración propia, 2023

Gráfico 2

Fuente: Elaboración propia, 2023

Para probar la consistencia interna se ha utilizado en este estudio el coeficiente alfa de Cronbach. De su empleo dice Escofet:

La ventaja de utilizar esta medida es que permite encontrar la posibilidad de evaluar cuánto mejoraría (o empeoraría) la fiabilidad de la prueba si se excluyera un determinado ítem. De este análisis se puede concluir que el resultado de las escalas analizadas es fiable, si la aportación de cada ítem a su respectiva escala (índice de homogeneidad corregido, que proporciona la capacidad de discriminación) es, en todos los casos, un valor positivo. (Escofet, et al., 2016)

Tabla 3: Resultados del análisis de fiabilidad

Pregunta sobre:	Nº de ítem	Índice de homogeneidad corregido	Alpha de Cronbach
Dimensión teórica	1-3	3/3 Positivo	0.86
Dimensión normativa	4-6	3/3 Positivo	0.84
Dimensión empírica	7-9	3/3 Positivo	0.82

Fuente: Elaboración propia, 2023

La prueba piloto determinó la fiabilidad de la encuesta y la validez de la tabla de especificación adoptada, confeccionando el instrumento definitivo que consta de 3 preguntas de múltiple alternativa, elaboradas con las siguientes características:

Tabla 4: Tipo de pregunta para cada ítems

Ítem	Tipo de pregunta
1-3	cerrada, de opción múltiple, y de valoración
4-6	cerrada, de opción múltiple, y de valoración
7-9	cerrada, de opción múltiple, y de valoración

Fuente: Elaboración propia, 2023

Este instrumento encuesta, confeccionada definitivamente de la forma que se ha explicado, fue aplicada a una muestra no probabilística conformada por 240 profesionales juristas entre ellos abogados de ejercicio libre de la profesión,

notarios y jueces, de los departamentos de Santa Cruz, Cochabamba y La Paz, en número de 80 profesionales en cada departamento, grupo conformado de la siguiente forma: 40 notarios, 20 jueces y 20 abogados del ejercicio libre.

La muestra es no probabilística, muestreo discrecional, porque la elección de los encuestados no se determinó por probabilidades, ni fórmulas matemáticas, sino por las características de la investigación. La utilidad de este tipo de muestra se manifiesta en una cuidadosa y controlada elección de los sujetos considerados expertos en la materia que se investiga, cuestión que colabora efectivamente con los objetivos propuestos en la investigación.

Para el análisis de la información recogida en la encuesta, se estudiaron las respuestas a cada pregunta aislada, y luego las relaciones entre las respuestas a todas las preguntas; para de tal manera, interpretar los datos en el contexto en que fueron recogidos y extraer, en fin, conclusiones.

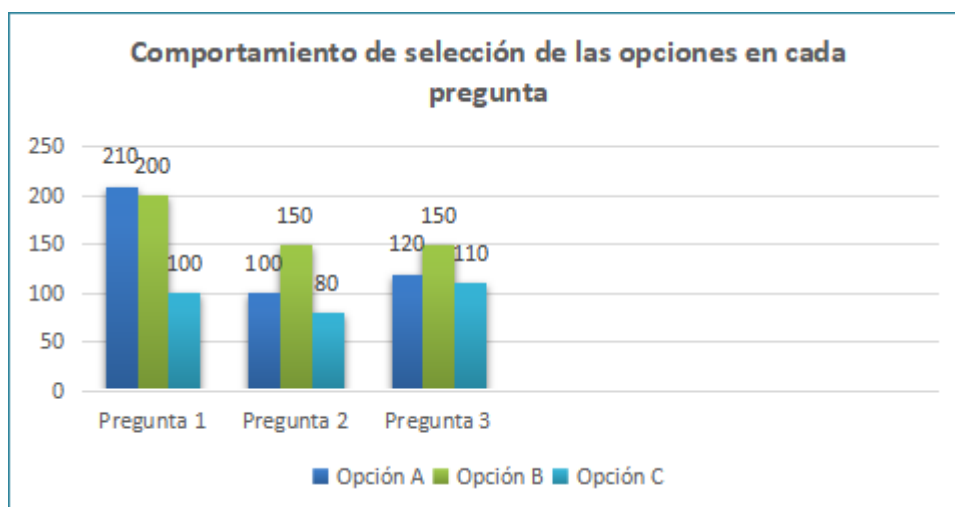
En el trabajo de campo, la investigación utiliza el análisis de datos cuantificados para determinar lo que es típico en el grupo estudiado y se interpreta cotejando los resultados obtenidos con las formulaciones del investigador y el resultado de ese cotejo se relaciona con la teoría y los procedimientos de investigación.

Cuando este procedimiento de interpretación ofrece unos resultados que permiten confirmar los datos, es preciso preservar la interpretación obtenida para que ella no exceda a la información que se ha obtenido de los datos preliminares. En este momento es preciso tener en cuenta la necesaria validación de los datos obtenidos y las restricciones que se han presentado en el proceso que pudieron perturbar los mismos.

Sin dudas, todo ello lleva a la conformación de un argumento sólido que permita sostener los resultados de la investigación. La encuesta practicada fue la siguiente:

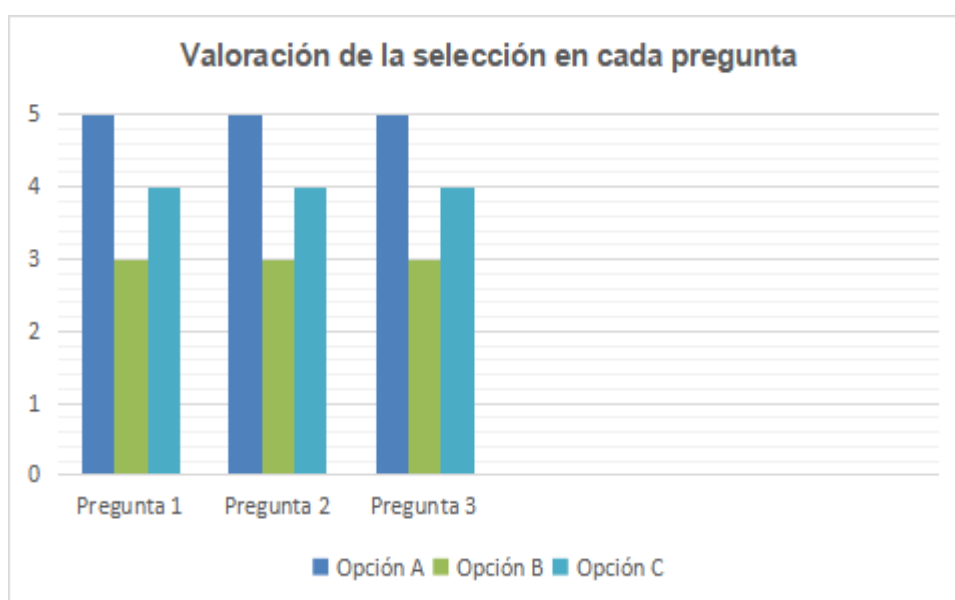
3.2 Procesamiento, análisis e interpretación de los datos obtenidos con la encuesta técnica.

Gráfico 3



Fuente: Elaboración propia, 2023

Gráfico 4



Fuente: Elaboración propia, 2023

Análisis de los datos obtenidos

Del análisis de los datos obtenidos con la encuesta y luego de procesados los mismos, pueden determinarse las opciones más votadas y mejor valoradas en cada pregunta.

De los datos obtenidos las tres opciones -en cada una de las tres preguntas- quedan habilitadas por los encuestados por haber obtenido mayorías de voto importantes, todas por encima de 80 votaciones de los 250 encuestados, lo que equivale a un mínimo del 32% de los encuestados a favor, que se presenta para el criterio el contenido de la rogación notarial como límite normativo de la determinación notarial de la prueba presentada en Procesos Sucesorios sin testamento en Bolivia, como resultado valorativo en la pregunta dos; todos los demás porcentajes obtenidos en las diferentes opciones de respuestas, son mayores.

En adelante, los porcentajes obtenidos en la selección de las diferentes opciones de cada pregunta:

Tabla 5: Análisis de porcentajes de selección en cada opción de pregunta

% de selección	Opción a	Opción b	Opción c
Pregunta 1	84%	80%	40%
Pregunta 2	40%	60%	32%
Pregunta 3	48%	60%	44%

Fuente: Elaboración propia, 2023

Para el análisis de datos -en esta investigación- se decide utilizar el método de comparación constante, con saturación teórica. El método de comparación constante o continua, conocido como MCC por sus siglas en español, es utilizado por la teoría fundamentada. Mediante este método, se realiza una continua revisión y comparación de los datos capturados para ir construyendo teoría de la realidad. Se pretende -con su utilización en este caso- comparar continuamente los resultados obtenidos de la encuesta, que resulta del levantamiento de los datos obtenidos en el estudio empírico.

Tabla 6: Método de Comparación constante

<u>Unidad de comparación</u>	<u>Dimensión teórica</u>	<u>Dimensión normativa</u>	<u>Dimensión empírica</u>
Límites de la discrecionalidad notarial en la determinación de la prueba a presentar ante Notario en los Procesos Sucesorios sin testamento en Bolivia.	En esta dimensión los límites están determinados por la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados y la Teoría de la carga de la prueba	En esta dimensión los límites se definen por el debido proceso sustantivo, y la obligación notarial de comprobar los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para la realización de los actos o contratos	En esta dimensión los límites deben definirse por reconocimiento taxativo de algunos documentos de prueba y reconocimiento del poder discrecional del Notario para la solicitud de otros a fin de conseguir la seguridad y certeza que la función notarial garantiza; o por la expresión normativa de los límites de la discrecionalidad notarial

Fuente: Elaboración propia, 2023

Interpretación de los datos

Tratando de interpretar los datos resultantes de la encuesta puede asegurarse que entre los encuestados existe preferencia por considerar que como fundamentos teóricos de los límites de la discrecionalidad notarial en la determinación de la prueba a presentar ante Notario en los Procesos Sucesorios sin testamento, se encuentra en la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, aunque los resultados de la encuesta habilitan además las otras dos respuestas.

En cuanto a la dimensión normativa la mayoría de los encuestados piensan que la obligación notarial de comprobar los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para la realización de los actos o contratos, es la razón normativa que permite fundamentar los límites de la discrecionalidad notarial en la determinación de la prueba a presentar ante Notario en los Procesos Sucesorios sin testamento en Bolivia. No obstante, al igual que en la pregunta anterior, las tres opciones de respuestas quedan validadas para ser tenidas en cuenta.

En cuanto a la dimensión empírica hay acuerdo mayoritario en que expresar normativamente los límites de la discrecionalidad notarial es la solución normativa apropiada para determinar los límites de esa discrecionalidad notarial en la determinación de la prueba a presentar ante Notario en los Procesos Sucesorios sin testamento en Bolivia.

3.3 Conclusión parcial

El análisis de datos tiene como resultado lo siguiente:

Los límites de la discrecionalidad notarial en la determinación de la prueba a presentar ante Notario en los Procesos Sucesorios sin testamento en Bolivia se fundamentan en la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados que se refiere a conceptos en los que -para su aplicación- es preciso que el funcionario haga valoraciones de los intereses en juego en el contexto del caso concreto, incluso, juicios de adecuación técnica que determinen los medios para la consecución de un determinado fin. La discrecionalidad notarial está acotada por la obligación legal de comprobación de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para la realización de los actos o contratos que se

manifiesta en el control de legalidad de los que autoriza; y que, sin dudas, puede ser perfeccionada, expresándose normativamente esos límites de dicha discrecionalidad notarial.

CAPÍTULO IV

4 Determinación de los límites de la discrecionalidad notarial en la determinación de la prueba a presentar ante Notario en los Procesos Sucesorios sin testamento en Bolivia

Para determinar los límites de la discrecionalidad notarial en la determinación de la prueba a presentar ante Notario en los Procesos Sucesorios sin testamento en Bolivia, se han estudiado sus fundamentos teóricos, sus fundamentos normativos y empíricos, este capítulo tiene la intención de sistematizar los resultados obtenidos en cada una de estas perspectivas para fundamentar la propuesta concreta del estudio, a ese fin, se precisan las ideas finales de cada perspectiva, elaborando un sistema que permita cumplir el objetivo propuesto.

4.1 Fundamentos teóricos de la propuesta

Entre los principales fundamentos teóricos de la propuesta pueden identificarse los siguientes:

- La potestad discrecional de los Notarios, profesionales que desempeñan una función administrativa, estaría encaminada a elegir entre dos o más soluciones válidas y legítimas todas ellas, decisión que deberá ser razonada y fundamentada por los mismos; en caso contrario, puede ser catalogada como arbitraria.
- Dworkin dice de la discrecionalidad que es un área abierta dentro de un círculo de restricciones que la rodean, estas restricciones están determinadas por el contexto. Lo que implica afirmar que los límites de esa discrecionalidad notarial estarían en el contexto jurídico del acto o hecho que se documenta. (Dworkin, 2019,85)
- En teoría -según Dworkin- se permite hablar de una discrecionalidad débil o de una discrecionalidad más fuerte; esa discrecionalidad más fuerte puede manifestarse cuando un funcionario, en lo que respecta a algún problema, no está vinculado a ningún estándar impuesto por la autoridad, lo que no es igual a que este funcionario tiene absoluta libertad en su decisión, porque tiene límites, y está sujeto a la crítica, en razón de que

su decisión deberá respetar en todo caso ciertos estándares de racionalidad, justicia y eficacia. (Dworkin, 2019,85).

- En cuanto a los significados de la discrecionalidad puede afirmarse que es la apreciación de la administración realizada conforme a los criterios marcados por la legislación.
- La discrecionalidad en sentido débil, permite al funcionario fundamentar su decisión en un juicio asertórico discrecional que no está determinado por ley, área en la que el funcionario tiene la oportunidad para crear derecho, fundamentándose en la norma jurídica habilitante.
- Para explicar la necesidad de la discrecionalidad en el ámbito administrativo puede asegurarse que la necesidad, está impuesta por la norma jurídica, el razonamiento, es decir, el poder de discrecionalidad se referirá a la justificación de las premisas fácticas, que son tan amplias que no pueden ser cubiertas por la norma jurídica; pero, en todo caso, lo más importante, resulta ser la obligación del funcionario de cumplir con el sentido indicado de la norma, no con su contenido, porque en ese contenido es donde reina la discrecionalidad, la necesidad estaría en el cumplimiento de la premisa normativa que la discrecionalidad complementa.
- Es preciso -además- entender la diferencia entre el juicio del funcionario y la decisión adoptada porque esa decisión debe respetar el equilibrio necesario entre el poder de discrecionalidad de que disfruta el funcionario y la razonabilidad de su ejercicio.
- En fin, la discrecionalidad administrativa integra actualmente un servicio público que se enarbola en favor de la realización del interés público o bien común, creando derecho.
- El uso normativo de conceptos jurídicos indeterminados radicalmente, que generan discrecionalidad, no es una anomalía jurídica, sino una técnica normativa necesaria en los casos en que la ley no puede determinar con anterioridad las acciones específicas a realizar por el funcionario destinatario de la norma en concreto, ante las distintas situaciones fácticas que pueden presentarse en la realidad. Por eso, deja

estas precisiones al arbitrio del funcionario que tendrá la responsabilidad de tomar una decisión razonable y equilibrada.

- La utilización de estos conceptos jurídicos indeterminados es mucho más usual que lo que parece, por lo que el mandato de concreción de la norma al funcionario que la aplica, es una opción de técnica jurídica que utiliza el legislador, que en lugar de redactar una norma con mandato preciso, en situaciones de complejidad fáctica, opta por derivar esa responsabilidad en el funcionario que aplica la norma.
- La discrecionalidad administrativa - entonces- nace para llenar esos vacíos que se advierten a partir del uso normativo de un concepto jurídico indeterminado; porque, ofrece al operador jurídico la posibilidad de racionalizar su juicio valorativo a una situación de hecho sin atentar contra la seguridad jurídica, contribuyendo a la durabilidad de las leyes, y con vocación de futuro.
- Entonces, la determinación de la prueba a aportar ante Notario es el procedimiento mediante el cual, el fedatario usa de la discrecionalidad que la ley le otorga, elaborando un juicio valorativo del caso que se somete a su conocimiento, debiendo comprobar los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para la realización del acto, a fin de alcanzar un conocimiento más perfecto de la situación fáctica que se le presenta, en aras de la seguridad jurídica.
- En conclusión, adoptando –entonces- la teoría de la naturaleza administrativa de la jurisdicción voluntaria, se crea la vía voluntaria notarial con la Nueva Ley del Notariado Plurinacional de Bolivia, y en razón de ella, el Notario desempeña funciones administrativas, disfrutando en ocasiones de la discrecionalidad que caracteriza a la administración.

4.2 Fundamentos normativos de la propuesta

Entre los fundamentos normativos de la propuesta se identifican los siguientes:

- Para elaborar un concepto del debido proceso puede partirse de la idea de que es un límite a la actividad estatal, límite conformado por un conjunto de requisitos a cumplir por las instancias procesales que

permitan al ciudadano defender sus derechos ante cualquier acto de los poderes del Estado que pudiera afectarlo. Por tanto, para conseguir un proceso justo resulta imprescindible la legitimidad de los medios empleados para ello.

- Puede identificarse dentro del debido proceso un debido proceso sustantivo y un debido proceso adjetivo. El debido proceso sustantivo tutela al ciudadano frente a la aplicación de leyes contrarias a sus derechos fundamentales (control de constitucionalidad). Por su parte, el debido proceso adjetivo tutela al ciudadano estableciendo garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales.
- En cuanto toca a la actividad administrativa notarial, el debido proceso, como garantía, incrementa la confianza del ciudadano e impone un deber al Notario, que ejerce por delegación del Estado, en el estricto cumplimiento de la ley, la certeza del derecho y la previsibilidad que tributan al mantenimiento de la seguridad jurídica, la libertad y la justicia social para vivir bien.
- En consecuencia, puede deducirse que, el derecho a la prueba es una garantía procesal y un derecho fundamental que habita dentro de una categoría de derecho fundamental superior: la del debido proceso.
- La función notarial, es una instancia que pertenece a la administración del Estado y aunque el Notario es un profesional del derecho que gestiona su oficina privadamente, está investido -por delegación del Estado- de una función pública como la dación de fe y conoce del más importante procedimiento en tal sentido: el procedimiento para conformar la forma pública documental, regulado por la Ley 483 del Notariado Plurinacional y su reglamento.
- Ese procedimiento notarial precisa de la prueba efectiva y oportuna, que permita al Notario estar seguro y formar convicción acerca de los derechos que se determinan en el documento notarial y esta necesidad de prueba se manifiesta como un derecho-deber ineludible para los comparecientes de aportar las pruebas necesarias y no solo como un

derecho potestativo que puede o no utilizarse, como ocurre en el procedimiento judicial.

- Por ello, la necesidad de aplicar el derecho probatorio al ámbito notarial, abordando las formas y maneras en que transcurre la prueba ante Notario dentro de los procedimientos que atiende, para especialmente estudiar las formas en que se realiza el derecho-deber de prueba en un ámbito extrajudicial marcado por la ausencia de contienda entre las partes, y el exhaustivo control de legalidad como deber notarial imprescindible.
- Desde la propia rogación, el procedimiento notarial no puede iniciar sin la prueba de los derechos que los requirentes pretenden actuar. Si se apunta directamente al procedimiento para hacer la forma pública, la prueba de los derechos a actuar por los requirentes resulta un requisito de procedibilidad para el Notario, porque sin la prueba es imposible desarrollar la fase de evidencia de la fe pública.
- El derecho a la prueba en el ámbito notarial se transforma en un derecho-deber de los requirentes y requisito de procedibilidad para el procedimiento notarial.
- El Notario, en su posición de profesional que tiene a su cargo el procedimiento, necesita formar convicción sobre una serie de cuestiones que tienen que ver con un deber esencial del notario: el control de la legalidad del acto que documenta. Dentro de ese control de legalidad debe estimar contenidos del derecho de tratados sobre derechos humanos firmados por Bolivia, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos en ese sentido, que forman parte del bloque de constitucionalidad, a lo que se denomina control de la convencionalidad; debe realizar –además– un control de constitucionalidad, referido a los derechos reconocidos materialmente en la Constitución; el control de la legalidad, referido al cumplimiento de las leyes que en todo sentido tienen que ver con el acto que se documenta, y en razón de ello, ofrecer los juicios de identidad y capacidad que aseguran la aptitud del sujeto que comparece para actuar los derechos que se comprometen en el acto que se documenta.

- La discrecionalidad notarial aparece aquí, en cuanto a la determinación de la prueba a aportar ante Notario por los solicitantes del servicio, porque lo que la ley le exige al Notario es el control de la legalidad como deber insoslayable y como responsabilidad inexcusable, razón por la que la propia técnica normativa de la Ley Notarial y su reglamento ofrecen ese margen de discrecionalidad para que el Notario pueda ajustar la determinación de la prueba a aportar, al caso concreto que instrumenta.
- Es indiscutible que el Notario podrá evaluar la posibilidad de practicar cuantas más pruebas sean necesarias para asegurarse de las cuestiones imprescindibles a la validez del acto, e incluso puede actuar las que determine en aras del cumplimiento del deber de comprobación de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para la realización de los actos y contratos, que establece el artículo 18 inciso i de la Ley 483 del Notariado Plurinacional.
- El Notario para autorizar el documento notarial debe despejar toda duda razonable sobre la perfección del acto que se documenta, y su deber de comprobación tiende a la realización de dicho resultado, estando obligado -para ello- a desplegar el nivel más elevado de diligencia debida.
- Que al Notario se le atribuya cierta responsabilidad en el ámbito de garantizar la seguridad jurídica en la Ley 483, artículo 90 es un ejemplo de cómo en la Ley y su reglamento utilizan el uso de conceptos con indeterminación radical como técnica normativa necesaria en los casos en que la ley no puede determinar con anterioridad las acciones específicas a realizar por el notario ante las distintas situaciones fácticas que pueden presentarse en la realidad y en las cuales debe resguardar la seguridad jurídica.
- Resguardar la seguridad jurídica significa asegurar para el futuro y ofrecer certeza a los derechos que nacen de los actos autorizados por el notario, responsabilidad que podrá cumplir solo en la medida que el notario sea diligente en la comprobación (a través de la prueba presentada ante notario) de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para la realización de los actos y contratos, tal como lo afirma el inciso i del

artículo 18 (Deberes) de la Ley 483, que redundando sin dudas, en una de sus atribuciones más importantes, la que dispone el inciso d del artículo 19 del propio texto legal, de controlar y dar legalidad al acto jurídico que documenta así como a hechos, actos, y negocios jurídicos o circunstancias contenidas en el documento notarial que se refiera.

4.3 Fundamentos empíricos de la propuesta

La aplicación de los instrumentos de recogida de información que abundan sobre las opiniones de la comunidad jurídica nacional en este sentido, ofrecen como resultado que en la dimensión teórica el fundamento más votado fue la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, aunque los resultados de las encuesta habilitan además las otras dos respuestas.

En la dimensión normativa, la mayoría de los encuestados piensan que la obligación notarial de comprobar los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para la realización de los actos o contratos, es la razón normativa que permite fundamentar los límites de la discrecionalidad notarial en la determinación de la prueba a presentar ante Notario en los Procesos Sucesorios sin testamento en Bolivia.

En la dimensión empírica, hay acuerdo mayoritario en que la solución normativa apropiada para determinar los límites de esa discrecionalidad notarial en la determinación de la prueba a presentar ante Notario en los Procesos Sucesorios sin testamento en Bolivia es que normativamente se dispongan expresamente esos límites a la discrecionalidad notarial.

4.4 La propuesta concreta

La propuesta concreta de esta tesis, a partir de la identificación de sus fundamentos teóricos, normativos y empíricos que se han explicado antes, se sintetiza en:

Los límites de la discrecionalidad notarial en la determinación de la prueba a presentar ante Notario en los Procesos Sucesorios sin testamento en Bolivia pueden determinarse identificando los siguientes contornos que conforman el contexto de tales actos:

- 1) El contenido del requerimiento notarial. El Notario legitima su actuar en el contorno de los actos o hechos que conforman la solicitud que se presenta ante Notario, porque uno de los principios fundamentales que informan a la Ley 483, es -precisamente- el de rogación, que en el artículo 2 apartado I.6 define que la actuación de la notaria o el notario se activa siempre a partir de la solicitud de las o los interesados. Por ello, pudiera identificarse como el primero de los límites de la discrecionalidad notarial en el ámbito de la determinación de la prueba en los Procesos Sucesorios sin testamento. Lo que significa que el Notario no podrá solicitar prueba de un hecho o acto que no sea objeto de la rogación presentada ante él.
- 2) La obligación notarial de comprobar los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para la realización de los actos o contratos: Cualquiera de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico en el caso del derecho sucesorio podrá ser objeto de prueba ante Notario, en ese ámbito probatorio podrá moverse el Notario, utilizando su poder discrecional para solicitar uno u otro documento que estime necesario a fin de asegurar el derecho de los posibles herederos del causante, y no podrá entenderse esta determinación de la prueba como arbitraria o contraria a derecho porque va encaminada a ofrecer seguridad jurídica a los derechos adquiridos y su contribución a la paz social de interés público; funcionando de esta manera como un límite a la discrecionalidad notarial.
- 3) El respeto al debido proceso sustantivo que implica la razonabilidad de sus decisiones en cuanto a la prueba exigida para proceder en los procesos sucesorios sin testamento y el respeto a sus derechos fundamentales en el ámbito extrajudicial.

Las cuestiones que se identifican servirían de límite a la discrecionalidad notarial en el ámbito de la determinación de la prueba a exigir por Notario en los casos de Procesos sucesorios sin testamento. Cualquier exigencia fuera de esos límites pudiera catalogarse de arbitraria y contraria a derecho, esta es la propuesta final de esta investigación

CONCLUSIONES

De las anteriores consideraciones se derivan las siguientes conclusiones por objetivos:

Del objetivo número 1: Definir los fundamentos teórico doctrinales de la investigación

Primera: Los fundamentos teórico doctrinales de la investigación están definidos por la teoría de la discrecionalidad administrativa y la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados que funcionan como causa-efecto en el ámbito normativo, en consecuencia, cuando el legislador usa como técnica normativa la introducción de conceptos jurídicos indeterminados en sus tipos leves o fuertes, aparece -para el funcionario destinatario de la norma- la facultad discrecional que le permite ajustar el caso concreto a la norma jurídica habilitante, lo que aporta ductilidad a la norma jurídica, le permite adaptarse a las condiciones siempre cambiantes de la realidad con vocación de futuro y garantizando la seguridad jurídica porque las decisiones que el funcionario toma en virtud de la discrecionalidad no pueden ser nunca arbitrarias, ni atentar contra el orden jurídico establecido.

Segunda: Puede definirse la determinación de la prueba a aportar ante Notario, como el procedimiento mediante el cual, el fedatario usa de la discrecionalidad que la ley le otorga, elaborando un juicio valorativo del caso que se somete a su conocimiento, debiendo comprobar los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para la realización del acto, a fin de alcanzar un conocimiento más perfecto de la situación fáctica que se le presenta, en aras de la seguridad jurídica.

Del objetivo número 2: Analizar críticamente la normativa nacional y extranjera sobre la discrecionalidad notarial y sus límites

Tercera: La función notarial, es una instancia que pertenece a la administración del Estado y aunque el Notario es un profesional del derecho que gestiona su oficina privadamente, está investido -por delegación del Estado- de una función pública como la dación de fe y conoce del más importante procedimiento en tal

sentido: el procedimiento para conformar la forma pública documental, regulado por la Ley 483 del Notariado Plurinacional y su reglamento.

Cuarta: La vía voluntaria notarial, acoge un grupo de situaciones necesarias de determinación jurídica; esos procedimientos notariales, precisan de la prueba efectiva y oportuna, que permita al Notario estar seguro y formar convicción acerca de los derechos que se determinan en el documento notarial y esta necesidad de prueba se manifiesta como un derecho-deber ineludible para los comparecientes de aportar las pruebas necesarias y como una facultad discrecional del notario que solicitará la prueba idónea en cada caso concreto, teniendo como límites las reglas de derecho sucesorio contenidas en el Código Civil y la razonabilidad de sus decisiones.

Quinta: Resulta imprescindible a la legislación notarial comparada en el área geográfica estudiada, el reconocimiento de la facultad discrecional del Notario para la determinación de la prueba necesaria en los procesos sucesorios sin testamento con algunos límites que se precisan en las propias normativas vigentes en cada país.

Del objetivo número 3. Elaborar un diagnóstico sobre los criterios de la comunidad jurídica nacional en cuanto a los límites de la discrecionalidad notarial en el ámbito de los Procesos Sucesorios sin testamento

Sexta: Los criterios de la comunidad jurídica de expertos investigada está mayoritariamente de acuerdo, en que los límites de la discrecionalidad notarial en la determinación de la prueba a presentar ante Notario en los Procesos Sucesorios sin testamento en Bolivia, se fundamentan en la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, que se refiere a conceptos en los que -para su aplicación- es preciso que el funcionario haga valoraciones de los intereses en juego en el contexto del caso concreto; incluso, juicios de adecuación técnica que determinen los medios para la consecución de un determinado fin. La discrecionalidad notarial está acotada por la obligación legal de comprobación de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para la realización de los actos o contratos que se manifiesta en el control de legalidad de los que autoriza;

y que, sin dudas, puede ser perfeccionada, expresándose normativamente esos límites de dicha discrecionalidad notarial.

Del objetivo número 4. Sistematizar los resultados obtenidos que avalen la propuesta

Séptima: El fundamento teórico esencial que sostiene la propuesta se encuentra en la teoría de los actos jurídicos indeterminados y la teoría de la discrecionalidad administrativa que justifican teóricamente la posibilidad del notario de determinar la prueba a presentar en los Procesos Sucesorios sin testamento por lo interesados y sus límites. Como premisa normativa imprescindible a los límites de su facultad de discrecionalidad se encuentra la obligación del Notario de comprobar los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para la realización de los actos o contratos que autoriza, y desde los fundamentos empíricos se corrobora la necesidad de que tales los límites a la discrecionalidad notarial sean normativamente expresados.

Del objetivo general: Proponer los fundamentos teóricos, normativos y empíricos de la limitación a la discrecionalidad notarial en el ámbito de la determinación de la prueba necesaria ante Notario para la tramitación de Procesos sucesorios sin testamento dentro el contexto jurídico boliviano

Octava: Los límites de la discrecionalidad notarial en la determinación de la prueba a presentar ante Notario en los Procesos Sucesorios sin testamento en Bolivia pueden determinarse identificando los siguientes contornos que conforman el contexto de tales actos:

1. El contenido del requerimiento notarial. El Notario legitima su actuar en el contorno de los actos o hechos que conforman la solicitud que se presenta ante Notario, porque uno de los principios fundamentales que informan a la Ley 483, es -precisamente- el de rogación, que en el artículo 2 apartado I.6 define que la actuación de la notaria o el notario se activa siempre a partir de la solicitud de las o los interesados. Por ello, pudiera identificarse como el primero de los límites de la discrecionalidad notarial en el ámbito de la determinación de la prueba en los Procesos Sucesorios sin

testamento. Lo que significa que el Notario no podrá solicitar prueba de un hecho o acto que no sea objeto de la rogación presentada ante él.

2. La obligación notarial de comprobar los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para la realización de los actos o contratos: Cualquiera de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico en el caso del derecho sucesorio podrá ser objeto de prueba ante Notario, en ese ámbito probatorio podrá moverse el Notario, utilizando su poder discrecional para solicitar uno u otro documento que estime necesario a fin de asegurar el derecho de los posibles herederos del causante, y no podrá entenderse esta determinación de la prueba como arbitraria o contraria a derecho porque va encaminada a ofrecer seguridad jurídica a los derechos adquiridos y su contribución a la paz social de interés público; funcionando de esta manera como un límite a la discrecionalidad notarial.
3. El respeto al debido proceso sustantivo que implica la razonabilidad de sus decisiones en cuanto a la prueba exigida para proceder en los procesos sucesorios sin testamento y el respeto a sus derechos fundamentales en el ámbito extrajudicial.

RECOMENDACIONES

De las conclusiones anteriores se deriva las siguientes recomendaciones:

Primera: Que los resultados de esta investigación sean puestos en consideración de la Dirección Nacional del Notariado Plurinacional para la introducción de sus resultados en la práctica notarial del país

Segunda: Que se convoque a un Seminario nacional de Notarios para la socialización de dichos resultados y la elaboración de un proyecto de modificación reglamentaria que permita introducir los resultados de esta investigación

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALSINA, Hugo. 2018. **Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial**. 17ma ed. Buenos Aires, Argentina: Sociedad Anónima Editores.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Rosa M. 2014. “**Las fuentes de conocimiento de lo jurídico.**” Boletín Mexicano de Derecho Comparado.
- ÁVILA ÁLVAREZ, P. 2010. **Derecho Notarial** (8va edición ed.). Madrid: Bosch.
- BONO, José. 2004. **Conceptos fundamentales de la diplomática notarial**. Sevilla, España: Notaría de Sevilla.
- BLANQUER UBEROS, R. 1997. **La preparación de la escritura pública y el principio de legalidad (Especial atención a la representación, al estado de cargas y al estado posesorio de los inmuebles)**. Anales de la Academia Matritense del Notariado, 36, 285-422.
- BORDA, Guillermo. 1999. **Tratado de Derecho Civil**. 3ra ed. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- BORDA, Guillermo A., and Guillermo J. Borda. 2012. **Manual de Derecho Civil**. 23rd ed. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- CABANELLAS, Guillermo. 1974. **Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual**. 30th ed. N.p.: Heliasta.
- CARBAJO COBOS, Juan José. 2020, Conceptos jurídicos indeterminados y Derecho Canónico, REDC 77, 759-800
- CASTÁN TOBEÑAS, José. 2017. **Función Notarial y elaboración notarial del Derecho**. 8va ed. Madrid, España: Reus.
- CASSAGNE, Juan Carlos. 2008. “La discrecionalidad administrativa” Revista Foro Jurídico, nº 9, 82-91
- CAPITANT, Henri. 1995. **Vocabulario jurídico**. 1ra ed. Bogotá, Colombia: Asociación Henri Capitant.
- CLAVIJO CÁCERES, Darwin, Débora GUERRA MORENO, Diego YÁÑEZ MESA. 2014. **Método, metodología y técnicas de la investigación**

aplicada al derecho. Bogotá, Colombia: Corte Constitucional de Colombia.

CHINEA GUEVARA, J. 2006. **La función notarial como garante de la seguridad jurídica contractual en el ordenamiento jurídico.** En: Derecho Notarial. La Habana: Editorial Félix Varela, p 364.

CHINEA GUEVARA, J. 2007. **Jurisdicción voluntaria y función notarial.** En: Derecho Notarial. La Habana: Editorial Félix Varela, p. 41.

DE LA MAZA, Íñigo. 2008. **Temas de contratos.** Santiago de Chile, Chile: Universidad Diego Portales.

DE PRADA GONZÁLEZ, J. M. 1993. **Derecho Notarial.** Podium.

DE RUGGIERO, R. 1931. **Instituciones de Derecho Civil** (4ta edición ed., Vol. 2). Reus.

DIEZ PICAZO, L. 2005. **Compendio de Derecho Civil** (2da edición ed.). Aranzadi.

DWORKIN, Ronald. 2017. **Los derechos en serio.** 3ra ed. Barcelona, España: Bosch.

ETCHEGARAY, N. P. 2010. **Escrituras y actas notariales.** Buenos Aires: Astrea.

ETCHEGARAY, N. P. 2007. **Técnica y práctica documental.** Buenos Aires: Astrea.

GARRIDO, Roque, Jorge ZAGO. 2002. **Contratos civiles y comerciales.** 3ra ed. Vol. 1. 2 vols. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

GIMÉNEZ ARNAU, E. 2015. **Derecho Notarial** (3ra edición ed.). Ediciones Navarra.

GIMENEZ ARNAU, E. 2016. **Derecho Notarial** (5ta edición ed.). Ediciones Navarra

GUZMÁN SANTIESTEBAN, Jorge. 2005. **Derecho Civil.** 3ra ed. Vol. IV. Cochabamba, Bolivia: Universidad Mayor de San Simón.

- HOECKE, Mark. 2014. **Doctrina jurídica: ¿qué métodos, para qué tipo de disciplina?** Guanajuato, México: Universidad de Guanajuato.
- KIPER, Claudio Marcelo. 2008. **Código Civil Comentado**. 1ra ed. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal.
- KOTEICH, Milagros, Martha Lucía NEME, and Edgar CORTÉS. 2005. **“Formalismo negocial romano y neoformalismo. ¿Fundamento del sistema o protección de la parte débil?”** Revista de Derecho Privado, no. 9 (junio-diciembre), 129-174.
- LIFANTE VIDAL, Isabel. 2020. **“Sobre los conceptos jurídicos indeterminados. Las «pautas de conducta y diligencia» en el derecho”** Revista Pensamiento Constitucional N° 25, 2020, 129-146
- MARTÍNEZ, M. 2000. **Ciencia y arte en la metodología cualitativa**. México: Trillas.
- MESSINEO, Francesco. 1954. **Manual de Derecho Civil y Comercial**. Buenos Aires, Argentina: Ediciones jurídicas Europa-América.
- MIXAN MASS, F. 2002. **Lógica enunciativa jurídica**. Trujillo, Perú: Ediciones BLG.
- MORALES GUILLÉN, Carlos. 1994. **Código Civil (Concordado y anotado)**. Vol. 1. La Paz, Bolivia: Gisbert.
- MORA MORA, Reynaldo. 2012, **“El concepto de discrecionalidad en el quehacer de la administración pública”** Justicia Juris, Vol. 8. N° 1. Enero - Junio, 92-105
- NÚÑEZ LAGOS, R. 2015. **Hechos y derechos en el documento público** (3ra ed.). Civitas.
- NÚÑEZ LAGOS, R. 2015. **Los esquemas conceptuales del instrumento público** (4ta ed.). Civitas.
- OQUENDO LÓPEZ, A. H. 2007. **Compilaciones de derecho notarial para Bolivia**. Sucre: Cadena.

- ORTIZ CASTRO, J. I. 2005. **Aproximación metodológica a los niveles jurídico-políticos de la investigación social**. 3ra ed. Medellín: Universidad de Medellín.
- PALACIO PIMENTEL, Gustavo. 2004. **Manual de Derecho Civil**. 4ta ed. Lima, Perú: Huallaga.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, B. 2015. **Derecho Notarial** (10ma ed.). Porrúa.
- PUIG BRUTEAU, J. 2012. **Fundamentos de Derecho Civil** (7ma edición ed., Vol. III). Bosch.
- ROBERTO MUÑOZ, N. 2002. **El instrumento público y el documento notarial** (2da edición ed.). Ediciones Guatemala.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. 2008. **“La realización notarial del Derecho.”** Revista jurídica del Notariado, no. 68, 285-303.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, A. 2016. **Escritos jurídicos** (2da edición ed., Vol. III). Consejo General del Notariado.
- RECINOS, Jessica, KAREN Y CAMPOS, José 2007. **Los actos jurídicos típicos y atípicos**. San Salvador, Salvador: Universidad Francisco Gavidia.
- RONCHETTI, Fernando. 2000. **La doctrina como fuente real del derecho**. Buenos Aires: Universidad Nacional del Centro.
- ROQUE MONTESILLO, Gladys. 2008. **“Teoría del acto jurídico y negocio jurídico.”** Revista Oficial del Poder Judicial.
- ROZAS, Fernando. 2000. **Las solemnidades ¿son siempre requisitos de los actos jurídicos?** Santiago de Chile, Chile: Universidad Católica de Chile.
- SÁNCHEZ ROMÁN, F. 2004. **Estudios de Derecho Civil** (10 edición ed., Vol. 1). Analecta editorial.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. 2011. **Derecho Administrativo. Parte General**. 7ma. Edición. Madrid: Tecnos

- SPOTA, Alberto. 2005. **Instituciones de Derecho Civil**. Vol. 3. Buenos Aires, Argentina: Depalma.
- VILLABELLA ARMENGOL, Carlos Manuel. 2015. **Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones**. México, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México.
- WILLS, Luz María, CATAÑO., Sandra Eliana 2014. **Teoría general del acto y del negocio jurídico**. Medellín, Colombia: Universidad de Antioquía.
- ZINNY, Mario Antonio. 2007. **El Acto Notarial: dación de fe**. 3ra ed. Buenos Aires, Buenos Aires: Ad hoc.

WEBGRAFÍA

- ESCOFET, Anna, Pilar FOLGUEIRAS, Ester LUNA, Berta PALOU. 2016. **“Elaboración y validación de un cuestionario para la valoración de proyectos de aprendizaje-servicio.”** Revista Mexicana de Investigación educativa 21 (70): 929-949. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1405-66662016000300929&script=sci_abstract.
- RUIZ BUENO, Antoni. 2014. **“La operacionalización: de elementos teóricos al proceso de medida.”** chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfndmkaj/viewer.html?pdfurl=http%3A%2F%2Fdi.posit.ub.edu%2Fdspace%2Fbitstream%2F2445%2F53152%2F1%2FLa%2520operacionalizaci%25C3%25B3n%20De%2520elementos%2520teoricos%2520al%2520proceso%2520de%2520medida.pdf&clen=2185.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B. 2006. **La labor configuradora de los notarios.** Revista Escritura Pública. Recuperada 15 de enero 2021, de <https://www.notariado.org/portal/escritura-p%C3%BAblica>

NORMAS JURÍDICAS CONSULTADAS

BOLIVIA, 2015, Ley 483 Del Notariado Plurinacional Y Su Reglamento. La Paz:Gaceta Oficial

PERÚ 2008, Decreto Legislativo 1049, Normas de la Función Notarial, Lima: Gaceta Oficial

COLOMBIA 1970, Decreto 960, Estatuto del Notariado, Bogotá:Gaceta Oficial

1996, Ley nº 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos

ECUADOR 2023, Ley notarial ecuatoriana: Gaceta Oficial

ANEXOS

Encuesta

Estimado colega:

Esta encuesta está destinada a corroborar algunos criterios sobre las causas de nulidad del acto de dación de fe notarial en Bolivia.

Es parte de una investigación que será motivo de Tesis de Maestría en Derecho Notarial dentro del Programa de Maestría del mismo nombre, que desarrolla el CEADIS (Centro de Educación a Distancia) de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sucre.

Por su colaboración muchas gracias.

1. Seleccione de las siguientes opciones, las que usted considere como fundamentos teóricos de los límites de la discrecionalidad notarial en la determinación de la prueba a presentar ante Notario en los Procesos Sucesorios sin testamento. Valore en la escala, el grado de influencia de la opción seleccionada, donde 5 es el grado máximo de influencia y 0 el grado mínimo.

a) __ Teoría de los conceptos jurídicos indeterminados Valoración: 5 4 3 2
1 0

b) __ Teoría de la carga de la prueba Valoración: 5 4 3 2
1 0

c) __ Teoría de la discrecionalidad administrativa Valoración: 5 4 3 2
1 0

2. Seleccione de las siguientes opciones, las razones normativas que permiten fundamentar los límites de la discrecionalidad notarial en la determinación de la prueba a presentar ante Notario en los Procesos Sucesorios sin testamento en Bolivia. Valore en la escala, el grado de influencia de la opción seleccionada, donde 5 es el grado máximo de influencia y 0 el grado mínimo.

a) __ el debido proceso sustantivo Valoración: 5 4 3 2 1 0

b) __ la obligación notarial de comprobar los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para la realización de los actos o contratos.

Valoración: 5 4 3 2 1 0

c)___ el contenido de la rogación notarial

Valoración: 5 4 3

2 1 0

3. Marque, de las siguientes opciones, las soluciones normativas que permitan determinar los límites de la discrecionalidad notarial en la determinación de la prueba a presentar ante Notario en los Procesos Sucesorios sin testamento en Bolivia. Valore en la escala, el grado de influencia de la opción seleccionada, donde 5 es el grado máximo de influencia y 0 el grado mínimo.

a) ___ Reconocimiento taxativo de algunos documentos de prueba y reconocimiento del poder discrecional del Notario para la solicitud de otros a fin de conseguir la seguridad y certeza que la función notarial garantiza

Valoración: 5 4 3 2 1 0

b) ___ Expresar normativamente los límites de la discrecionalidad notarial

Valoración : 5 4 3

2 1 0

c) ___ Determinar taxativamente los documentos que podrá solicitar el Notario para la tramitación de los procesos sucesorios sin testamento

Valoración: 5 4 3 2 1 0