

La enseñanza del Derecho Procesal Penal desde el constructivismo antiformalista

The teaching of criminal procedural law from anti-formalist constructivism

Juan Sebastian Alejandro Perilla Granados¹

Universidad Tecnológica de Bolívar, Cartagena, Colombia

js.perilla117@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0001-5283-7601>

RESUMEN: El constructivismo antiformalista es un enfoque jurídico-educativo que surge de la conjugación de diferentes propuestas teóricas gestadas en el norte global y acogidas en la realidad latinoamericana. A través de tres premisas fundamentales para su aplicación, se espera que el Derecho Procesal Penal pueda enseñarse vinculando los preconceptos de quienes aprenden, para que a partir de un proceso de validación sea posible construir interpretaciones auténticas con sentido de utilidad práctica. Para ello, se propone la implementación de pruebas de desempeño que contengan problemas sin respuestas exactas, aportando a que cada estudiante tenga la posibilidad de fortalecer el desarrollo de competencias desde y para la realidad profesional del ejercicio del Derecho.

PALABRAS CLAVE: antiformalismo; constructivismo; innovación pedagógica; educación legal; pruebas de desempeño.

ABSTRACT: *Anti-formalist constructivism is a legal-educational approach that arises from the combination of different theoretical proposals developed in the global north and accepted in the Latin American reality. Through three fundamental premises for its application, it is expected that criminal procedural*

¹ Doctor en Derecho (PHD), Magíster en Educación y en Derecho. Abogado de la Universidad de los Andes. Investigador senior reconocido por el Ministerio de Innovación, Ciencia y Tecnología de Colombia. Profesor invitado en la Facultad de Derecho de la Universidad Tecnológica de Bolívar (Cartagena).

law can be taught linking the preconceptions of those who learn, so that from a validation process it is possible to build authentic interpretations with a sense of practical utility. For this, the implementation of performance tests that contain problems without exact answers is proposed, contributing to each student having the possibility of strengthening the development of competences from and for the professional reality of the practice of law.

KEYWORDS: *anti-formalism; constructivism; pedagogical innovation; legal education; performance tests.*

CONTENIDO: Introducción; 1. El constructivismo antiformalista como enfoque educativo disruptivo; 1.1. El antiformalismo iusteórico como elemento del constructivismo antiformalista; 1.2. El constructivismo educativo como elemento del constructivismo antiformalista; 1.3. La nueva teoría del constructivismo antiformalista desde el *misreading*; 2. Estrategias pedagógicas coherentes con el constructivismo antiformalista desde y para el Derecho Procesal Penal; Conclusiones; Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Los procesos de formación al interior de las Facultades de Derecho se han caracterizado por estar fundamentados en la iusteoría del formalismo, según la cual el Derecho es entendido como un conjunto de normas con aspiración de completitud. Por lo mismo, los educadores adscritos a este enfoque jurídico tienden a transmitir una serie de información para luego exigir a los estudiantes que la repitan; si consideran que el Derecho es un entramado de normas rigurosamente diseñado, les compete a los operadores jurídicos repetirlo según las exigencias del legislador tradicional. De ahí que la máxima fuente del Derecho resulta ser la ley y se exige la realización de interpretaciones miméticas en torno a ella. Estas interpretaciones adoptan estrategias exegéticas, sistemáticas, teleológicas y hasta históricas en torno a la perspectiva limitada del legislador tradicional.

Lo problemático de esta situación es que en las Facultades de Derecho se espera que los estudiantes no solo aprendan información teórica, sino que desarrollen competencias para aplicar los conocimientos

en contextos con sentido de utilidad; aprender miméticamente la ley puede ser valioso, pero insuficiente para el ejercicio profesional del Derecho. Y esto cobra mayor relevancia al tratarse del Derecho Procesal Penal, pues no basta con aprender teóricamente cómo funcionan las etapas de un proceso, sino que se requiere una preparación para poder hacerlo en la práctica; existe una enorme brecha entre la teoría formalista que encierra la ley exegética en torno al proceso penal y las dinámicas concretas que se gestan al interior de la práctica profesional. De ahí que en la Facultad de Derecho se debe asegurar aprender desde y para la práctica de un abogado.

De esta forma, se han planteado alternativas iusteóricas para no solamente enseñar sino también aprender el Derecho. Una de estas alternativas al formalismo es precisamente el antiformalismo, el cual contempla que el Derecho no tiene las respuestas a todas las situaciones que se dan en la práctica profesional. Por el contrario, la ley como fuente del Derecho es un marco en el cual se deben gestionar interpretaciones auténticas desde y para la realidad que se pretende impactar; si se esperara que la ley solucione todas las situaciones cotidianas, la cotidianidad se quedaría esperando indefinidamente por resolver sus más particularidades exigencias. Por lo tanto, la naturaleza abierta del Derecho exige gestión del conflicto de forma aplicada, las cuales demuestren que los operadores jurídicos interpretaron la realidad de cada contexto más allá de la literalidad del texto escrito.

Y es en ese punto en el cual aparece el enfoque educativo del constructivismo antiformalista, el cual consiste en gestionar los conflictos que el conglomerado social plantea al Derecho desde interpretaciones auténticas que asumen a la ley como un mero marco de actuación; la ley no contiene la respuesta definitiva, sino la orientación para que cada operador jurídico construya una solución de manera aplicada. Se trata de un disruptivo enfoque que trasciende los procesos de repetición normativa, para abordar el análisis de situaciones reales concretas que exigen trabajos cognitivos complejos de quienes aprenden y enseñan Derecho. En este sentido, la pregunta de investigación que pretende responder este artículo es: ¿cómo implementar el enfoque educativo del constructivismo antiformalista en las clases de Derecho Procesal Penal ofertadas actualmente por las Facultades de Derecho de los contextos latinoamericanos?

Frente a esta pregunta de investigación se formula una hipótesis según la cual los procesos de enseñanza y aprendizaje de las clases de Derecho Procesal Penal deben acoger tres etapas fundamentales: primero, la activación de preconceptos de los participantes en el proceso formativo a partir de pruebas de desempeño lo más auténticas posibles; segundo, la validación de las propuestas de gestión del conflicto generadas desde los preconceptos de los actores educativos desde un criterio social enmarcado en la ley; y tercero, la generación de sentido de utilidad de los conocimientos validados, no solo desde una perspectiva personal sino desde la perspectiva que pretende impactar la formación jurídica. Se plantea así una hipótesis que trasciende los modelos formalistas de enseñanza, la cual será validada a partir de los objetivos general y específicos que se proceden a formular.

En este sentido, el objetivo general de investigación que busca alcanzar esta investigación es determinar la manera de implementar el enfoque educativo del constructivismo antiformalista en las clases de Derecho Procesal Penal ofertadas actualmente por las Facultades de Derecho de los contextos latinoamericanos. Para desarrollar cada uno de los elementos contenidos en el objetivo general, se formulan los siguientes objetivos específicos que cumplen las veces de estructura argumentativa del artículo: primero, delimitar conceptualmente el enfoque educativo del constructivismo antiformalista desde la realidad actual latinoamericana; y segundo, plantear estrategias pedagógicas coherentes con el constructivismo antiformalista aplicables al Derecho procesal penal que actualmente se enseña en las Facultades de Derecho latinoamericanas. Para el desarrollo de estos elementos metodológicos se adopta un enfoque de investigación hermenéutico crítico, fundado en métodos cualitativos fundados en la revisión documental como estrategia de recolección de información.

1. EL CONSTRUCTIVISMO ANTIFORMALISTA COMO ENFOQUE EDUCATIVO DISRUPTIVO

El contexto académico latinoamericano, y su consecuente cultura jurídica, es consecuencia de un proceso de conjugación regional con énfasis transnacional. Esto se justifica al considerar que las dinámicas de los sistemas jurídicos latinoamericanos han sido influenciadas por

las escuelas gestadas mayoritariamente en el norte global, lo cual hace referencia al conocimiento occidental proveniente de la academia europea y estadounidense. Este fenómeno es conocido como trasplante jurídico, en virtud del cual los conocimientos concebidos en un sitio de producción son llevados a un sitio de recepción²; el norte global se ubicaría en calidad de sitio de producción y los países latinoamericanos estarían llamados a ser sitios de recepción. Se pretendía de esta forma que los sitios de recepción reprodujeran las dinámicas de los sitios de producción, para ser una extensión de ellos.

Estos trasplantes giran en torno a diversos alcances del conocimiento, uno de los cuales es el jurídico. En Latinoamérica se trasplantaron las escuelas del naturalismo, positivismo, realismo, utilitarismo, funcionalismo, entre otras. Por lo mismo, es común escuchar en las Facultades de Derecho la enseñanza de estas formas de interpretar y aplicar el Derecho, las cuales provienen de diferentes países no siempre uniformes entre ellos. Lo interesante del asunto es que, para enseñar todas estas escuelas y conocimientos jurídicos, también se han hecho trasplantes de teorías educativas³; se han acogido enfoques tradicionales, experienciales, actitudinales, de estructura de las disciplinas, entre otros. Por lo mismo, las Facultades de Derecho terminan siendo un contexto en el cual se enseñan multiplicidad de Escuelas del Derecho gestadas en contextos extranjeros a través de una amplia diversidad de enfoques educativos también trasplantados.

Lo particular de esta confluencia de Escuelas del Derecho y enfoques educativos es que la pretendida extensión del sitio de producción es difícil de materializar, dado que el sitio de recepción interpreta todas estas propuestas teóricas desde su propia realidad contextual. En otras palabras, el sitio de recepción tendrá su propia teoría, la cual es construida

² Algunos trabajos de investigación recientes se han referido a los trasplantes como un fenómeno teórico transnacional, en el cual se presentan necesariamente transformaciones hermenéuticas mediadas por información extratextual. Sobre el particular es posible consultar: BONILLA, Daniel. *Teoría del Derecho y trasplantes jurídicos*, Bogotá: Universidad de los Andes, 2009.

³ Al respecto de la consolidación de teorías educativas como consecuencia de trasplantes en Latinoamérica y, en particular, en la realidad colombiana, se recomienda consultar: MONTOYA, Juny. *El campo de los estudios curriculares del Derecho*, Bogotá: Universidad de los Andes, 2016.

desde la influencia transnacional y las condiciones contextuales desde las cuales se interprete. Así, los sitios de recepción toman diferentes aportes de las teorías originales, descartan algunos otros y al final crean una propuesta que desde su propia realidad parece tener coherencia⁴. No se debe descartar que para los sitios de producción esta nueva teoría es ajena a los parámetros de normalidad de la formulación académica original, por lo cual podrá ser tachada como un *misreading*. Pero eso no evita que para el sitio receptor es una nueva y muy plausible teoría.

Es en ese fenómeno de interpretación transnacional que se ha consolidado el constructivismo antiformalista como una teoría gestada en sitios de recepción latinoamericanos, en la cual se conjugan aportes de diversas escuelas del Derecho con lineamientos educativos sobre los procesos de enseñanza y aprendizaje⁵. Esto implica que se trata de una teoría específica de cómo enseñar y aprender Derecho, pues no habla solamente de la teoría en educación aplicable a cualquier disciplina, sino que se lleva al abordaje concreto de conocimientos jurídicos; los conocimientos jurídicos incluyen contenidos, habilidades e incluso actitudes. Se trata de una apuesta disruptiva, por lo que, para entender este nuevo enfoque jurídico-educativo, se procesa a analizar a continuación, y por separado, el alcance del antiformalismo y del constructivismo desde sus formulaciones originales, evidenciando cuáles son las derivaciones teóricas de las que trata el objeto de estudio actual.

1.1 EL ANTIFORMALISMO IUSTEÓRICO COMO ELEMENTO DEL CONSTRUCTIVISMO ANTIFORMALISTA

Cada sistema jurídico se adscribe a un enfoque sobre cómo crear, interpretar y aplicar el Derecho, lo cual tiende a ser una información

⁴ Sobre los procesos de creación teórica a partir de las lecturas lejanas a los parámetros iniciales de creación académica se recomienda consultar como canon bibliográfico a: BLOOM, Harold. *A map of misreading*, Oxford: Oxford University Press, 1995.

⁵ Téngase como una primera aproximación al constructivismo antiformalista desde la conceptualización pedagógica y la materialización jurídica en el contexto latinoamericano esta fuente: PERILLA, Juan. *Constructivismo antiformalista: conceptualización pedagógica y materialización jurídica*, Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2017.

inconscientemente incluida en las normas de mayor jerarquía. Estos enfoques son denominados como Teorías del Derecho o iusteorías, los cuales no solamente se constituyen en un imperativo de obligatoria observancia sino en un eje articulador de la cultura jurídica de determinado contexto⁶. En el caso latinoamericano estas iusteorías se encuentran mayoritariamente en las constituciones, también denominadas normas de normas, y se pueden encontrar a través de la interpretación de por lo menos tres premisas: primera, el alcance del Derecho en relación con los sucesos del conglomerado social; segunda, el rol de la ley para responder a las exigencias sociales; y tercera, la interpretación que están llamados a hacer los operadores jurídicos de las fuentes del Derecho.

En relación con estas tres premisas, el antiformalismo se opone directamente al formalismo, por lo cual se analizarán conjuntamente. Tradicionalmente el formalismo ha considerado al respecto de la primera premisa que el Derecho tiene un alcance de completitud frente a lo que sucede en la sociedad, sugiriendo que todo lo que acontece alrededor del ser humano tiene una respuesta en la ley válidamente aprobada. Se trata de un asunto positivista, que reconoce que la validez de la ley es suficiente para aplicarse en la realidad y responder a las exigencias puntuales de la misma⁷. El antiformalismo no rechaza la importancia de la ley, pero sí plantea que no está en la capacidad de resolver todos los debates que se presentan desde la realidad humana; la ley apenas es un marco de orientación que no llega a prever desde su literalidad todas las variables de lo que sucede en torno a las relaciones sociales.

Es de esta manera como el antiformalismo acoge la escuela del positivismo al aceptar que la ley válidamente aprobada es un marco de actuación, pero que al interior de ese marco aplica la escuela del realismo al considerar variables concretas de lo que el ser humano desarrolla desde

⁶ Para profundizar sobre la relación de las iusteorías latinoamericanas con la cultura jurídica tómese por canon académico esta obra: LÓPEZ, Diego. *Teoría impura del Derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá: Legis, 2004.

⁷ Para profundizar en el debate positivista se recomienda consultar: MARQUISIO, Ricardo. Argumentos positivistas en la era postpositivista. *Revista de Derecho*, Montevideo, n. 19, p. 49-75, 2019. <https://doi.org/10.22235/rd.v0i19.1733>.

su cotidianidad. Esto implica que el antiformalismo complementa al formalismo, en la medida en que le da una naturaleza abierta al Derecho positivista y reconoce que en su interior hay vacíos que requieren de respuestas más allá de lo que el legislador tradicional ha realizado⁸. Desde una visión más tradicional del Derecho, se trata de una afrenta directa a lo que se considera como normas jurídicas formales. Sin embargo, para el formalismo debería ser una posibilidad para asegurar una inmersión del sistema jurídico en la realidad.

Esto toma especial relevancia al considerar que el Derecho pretende ir más allá de la abstracción de una norma escrita y responder a exigencias concretas que se le hacen desde la realidad que pretende regular; cualquiera que sea el área del derecho de la cual se trate, se espera que la norma tenga impactos concretos sobre sujetos ubicados en contextos particulares. Entre estas áreas del Derecho se encuentra la del Procesal Penal, la cual pretende tomar decisiones sobre actuaciones realizadas por sujetos concretos en relación con otros sujetos ubicados en contextos muy específicos. Por lo mismo, cada situación que se analiza

⁸ La naturaleza abierta del Derecho es un alcance hermenéutico que busca cuestionar que los Sistemas Jurídicos tienen la posibilidad de responder a todas las exigencias que la realidad plantea a las normas escritas. Siendo así, desde el antiformalismo se considera que las normas jurídicas son en sí mismas un marco regulatorio, pero que no pretenden agotar por completo la reglamentación de todo aquello que suceda en la realidad. Ese marco funciona para ubicar lineamientos de actuación de los operadores jurídicos, pero en ningún caso para pretender que la literalidad de las normas existentes tienen la vocación de tener respuestas exactas; la realidad es mucho más dinámica que el Derecho escrito, por lo cual se debe considerar que hay límites en esa relación en particular. Para superar esos límites es que el antiformalismo contempla como necesario que los operadores jurídicos realicen interpretaciones auténticas en ese marco normativo, para lo cual no solamente repetir la norma escrita sino crear posibilidades de respuesta para la especificidad de la realidad cotidiana. En consecuencia, considerar una naturaleza abierta para el Derecho lleva a reconocer que existen lagunas en los Sistemas Jurídicos y que se requieren un rol activo de los operadores jurídicos para superarlas. Algunos debates recientes sobre lagunas jurídicas se encuentran en el análisis de un caso específico en contextos latinoamericanos concretos que se sistematiza aquí: CASTRO, Jesús. Pluralidad y lagunas jurídicas en ecoleyes relacionadas con áreas naturales protegidas de competencia estatal en México. *Región y sociedad*, Hermosillo, v. 30, n. 72, 2018. <https://doi.org/10.22198/rys.2018.72.a897>.

es muy diferente entre sí, pues las condiciones contextuales y personales llevan a aportar elementos fácticos que impiden unificar las respuestas del derecho desde el formalismo. Por lo mismo, surge el imperativo de trascender una comprensión estática de la realidad, para que los operadores jurídicos entiendan al Derecho desde y para una realidad que exige de la teoría antiformalista.

En este sentido, para la teoría antiformalista la ley creada por el legislador tradicional es insuficiente para responder a la realidad; como parte de la segunda premisa se le da a la ley un rol complementario y no principal en relación con el contexto. Esto significa que la ley deja atrás la visión formalista según la cual el protagonismo para la solución de los casos está en ella, para comprender que la ley debe ser complementada por otras fuentes del Derecho como la jurisprudencia, la doctrina, la costumbre y hasta los mismos contratos⁹. Es en este punto en el cual surge uno de los planteamientos más cuestionados del antiformalismo y consiste en asegurar que todos los sujetos están en la posibilidad de crear Derecho; desde la realidad en la cual cada sujeto se encuentra puede crear normas jurídicas, las cuales son diferentes a la ley. No se debe considerar que el Derecho es sinónimo de ley, pues el Derecho es un conjunto de normas y una de tantas es la ley.

Es en este punto en el cual confluyen dos Escuelas del Derecho: el naturalismo y el funcionalismo. El naturalismo ha sugerido desde sus inicios la existencia de derechos inherentes al hombre y que tendieron a legitimar la labor de creación normativa del legislador tradicional; el legislador ostentaba una legitimidad superior para crear leyes obligatorias¹⁰.

⁹ Las múltiples fuentes tienden a ser analizadas desde contextos específicos, uno de los cuales se puede encontrar en: BUSTOS, Michel. El soft law como fuente del Derecho Administrativo colombiano. *Prolegómenos*, Bogotá, v. 22, n. 44, p. 35-48, 2019. <https://doi.org/10.18359/prole.3432>.

¹⁰ Debe advertirse que en el marco de las Escuelas del Derecho, el positivismo ha tenido diferentes derivaciones a medida que ha sido objeto de estudio por contextos académicos. En este caso se adopta la versión más uniforme del asunto, según la cual el positivismo jurídico otorga un lugar preferente a la ley con relación a las otras fuentes del Derecho, al tiempo que considera que el ordenamiento jurídico responde a un conjunto unificado y coherentemente pleno. Sobre el particular se recomienda consultar a: GUAMAN, Klever. El positivismo y el positivismo jurídico. *Universidad y Sociedad*, Cienfuegos, v. 12, n. 4, p. 265-269, 2020.

El formalismo no rechaza esta legitimación naturalista desde la inherencia de derechos del ser humano, sino que la complementa con la importancia de permitir a los sujetos crear disposiciones de obligatorio cumplimiento desde su propia realidad; se trata de disposiciones que funcionen para ellos desde sus condiciones personales, sociales, económicas, etc. Un ejemplo de ello son los acuerdos, en los cuales la ley establece unos contenidos mínimos que han de ser acatados, pero el contenido contextual es acordado por los sujetos intervinientes.

Llevándolo al campo del Derecho Procesal Penal se pueden entender las dos primeras premisas del antiformalismo de manera aplicada, considerando que existen actuaciones del ser humano que en ocasiones no son previstas concretamente por el legislador tradicional y es menester que otros sujetos, como los jueces o las mismas partes del proceso, complementen desde diversas fuentes del Derecho. Un ejemplo concreto son los preacuerdos que genera un vinculado procesal con el ente acusador¹¹, a saber: la ley dispone que determina conducta tiene una sanción penal concreta, pero también permite que en determinadas ocasiones se hagan negociaciones para inaplicar la sanción a cambio de un fin superior. Lo interesante del asunto es que la ley solo establece los lineamientos generales para hacer el acuerdo, pero el contenido concreto dependerá de los actores directamente involucrados.

Este protagonismo de los actores jurídicos en el Derecho Procesal Penal, y en el Derecho en general, establece un alcance hermenéutico concreto al debate sobre la discrecionalidad. Aunque se ha tendido a afirmar que las interpretaciones auténticas de los operadores jurídicos limitan la seguridad jurídica, el antiformalismo en sí mismo no es contrario a este fin esperable del Derecho. En realidad, tanto el formalismo como el antiformalismo confluyen en afirmar que las normas escritas son para ser respetadas, de lo contrario no tendría justificación la existencia de estas. Sin embargo, el antiformalismo no se limita solo a la norma escrita, pues cuando se configura un vacío en relación con la realidad se espera que el operador jurídico en efecto adelante interpretaciones discrecionales

¹¹ En caso de requerir profundizar disciplinalmente en el tema de preacuerdos mencionado, se recomienda consultar: PEÑA, Jhon. Los preacuerdos: legalidad, ficción legal y reducción de la pena. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, v. 40, n. 108, 2019.

enmarcadas en las normas escritas existentes a manera de marco. La discrecionalidad no admite que se desconozca la norma escrita, sino que se le dé un alcance concreto para una realidad que exige respuestas concretas del Derecho.

Es en ese punto en el cual los actores jurídicos deben materializar la tercera premisa del antiformalismo y que se refiere a la interpretación. El antiformalismo exige utilizar diferentes herramientas hermenéuticas para llegar a una solución aplicable a la práctica profesional concreta, alejándose del formalismo que exigía apegarse lo más posible a la voluntad del legislador tradicional. Esto se evidencia en que a lo largo del tiempo se ha enseñado la necesidad de interpretar de manera exegética, teleológica, sistemática o histórica, los cuales giran en torno a quien creó la ley escrita¹²; la exégesis busca seguir literalmente lo que el legislador hizo, la teleológica pretende encontrar el fin pretendido al escribir la ley, la sistemática sugiere buscar respuestas en otra ley análoga y la histórica entender las condiciones que rodeaban al legislador.

La confluencia de estas interpretaciones en torno al legislador tradicional es entendida como interpretación mimética, la cual busca imitar el comportamiento del legislador tradicional o incluso pensar como él. A esta estrategia el antiformalismo vincula el utilitarismo, haciendo un llamado para que el Derecho sea más que la ley y llegue a impactar de manera directa la realidad¹³; el sentido de utilidad se alcanza en la medida en que la interpretación jurídica no solo gira en torno al legislador tradicional, sino que acoge la relevancia del contexto para el cual se dirige. Es en este punto en el cual surge la interpretación auténtica, en la cual se le permite al operador jurídico que se aleje de las pretensiones del

¹² A continuación se puede consultar una investigación que describe estos tipos de investigación de forma aplicada: RODRIGUEZ, Manuel. La interpretación de las normas jurídicas como problema constitucional. *Dikaion*, Chía, v. 27, n. 2, p. 175-204, 2018. <https://doi.org/10.5294/dika.2018.27.2.1>.

¹³ Desde los cánones teóricos del utilitarismo se ha planteado que los sistemas de gobierno preestablecidos limitan a los individuos desde sus capacidades y libertades, pues ignoran las dinámicas cambiantes que en la sociedad se presentan desde alcances transdisciplinarios. Sobre el particular se puede consultar la obra de: MURILLO, Felipe. El Utilitarismo Clásico de Jeremy Bentham. *Prax. filos.*, Cali, n. 55, p. 169-188, 2022. <https://doi.org/10.25100/pfilosofica.v0i55.12360>.

legislador y llegue a conjugar las normas jurídicas con las necesidades, intereses y exigencias concretas del caso que pretende solucionar.

Siguiendo con el ejemplo antes enunciado, la interpretación auténtica también se evidencia en los casos de acuerdos entre el ente acusador y los vinculados al proceso penal. La ley solamente contempla causales que permiten la generación de estos acuerdos para inaplicar total o parcialmente la pena, pero el análisis de si lo acordado cumple un fin superior para el Derecho depende exclusivamente de los actores involucrados¹⁴. El vinculado procesal, por ejemplo, puede otorgar una información que para él es plenamente relevante en torno a la aplicación de la pena según lo dice la ley, pero dependerá del análisis que realice el ente acusador e incluso el juez sobre el particular y desde el contexto en el cual se ubiquen. Esto se aleja de la interpretación en torno a la voluntad del legislador y permite tomar decisiones desde las exigencias puntuales que esa realidad procesal conlleva.

En últimas, debe considerarse que se trata de un llamado que se tiende a realizar desde los nuevos paradigmas constitucionales de garantía de derechos y que desde una perspectiva tradicional han llegado a ser desconocidos en campos como el Derecho Procesal Penal. Comprender el Derecho desde situaciones concretas que trascienden la aparente perfección de la norma escrita, lleva a comprender desde la realidad a cada uno de los sujetos desde sus contextos; se tiene la posibilidad de superar la brecha entre el Derecho con aspiración de perfección y las necesidades, intereses y exigencias del conglomerado social. Por lo mismo, no basta con entender desde una perspectiva única y limitada al ejercicio del derecho, sino que desde la autenticidad de cada situación se pueden vincular alcances diversos según lo exijan los derechos constitucionales desde y para la realidad.

Es en este sentido que el antiformalismo como Teoría del Derecho conjuga aportes de diferentes escuelas para proponer un alcance particular desde la realidad latinoamericana, pues sin descartar el positivismo acoge el realismo para indicar que la ley es un marco que no agota todas

¹⁴ Sobre el tema se puede consultar: CORES, Carlos. La interpretación del Derecho como vocación. *Rev. Derecho*, Montevideo, n. 19, p. 157-180, 2019. <https://doi.org/10.22235/rd.v0i19.1776>.

las variables de las relaciones humanas. Por lo mismo, la legitimación naturalista del legislador tradicional es complementado por la creación funcionalista del Derecho por parte de diferentes operadores jurídicos, llevando en últimas a que las interpretaciones no giren únicamente en torno a quien hizo la ley, sino que consideren variables relevantes del contexto para el cual se dirigen. Se presenta un asunto disruptivo de creación, interpretación y aplicación del Derecho, en torno a la cual se exige un enfoque educativo igualmente disruptivo para enseñarlo. Y es en esta lógica de disrupción que se procede a analizar el constructivismo en relación con el antiformalismo.

1.2 EL CONSTRUCTIVISMO EDUCATIVO COMO ELEMENTO DEL CONSTRUCTIVISMO ANTIFORMALISTA

Se evidenció hasta este punto que el antiformalismo representa un reto teórico para la interacción con el Derecho, lo cual tiende a ser interpretado generalmente desde la práctica profesional. Sin embargo, es fundamental considerar que para que la práctica profesional materialice el antiformalismo se requieren abogados formados desde enfoques educativos coherentes con el reto que se plantea. Y es cuando las Facultades de Derecho encuentran la exigencia de reflexionar en torno a la manera como están formando a los futuros abogados; se requiere alineación entre lo que se hará en el ejercicio profesional y la manera como se forman a esos profesionales¹⁵. De nada serviría un diseño constitucional antiformalista si los operadores jurídicos se ubican en un formalismo incoherente, que limite la posibilidad de materializarlo plenamente desde y para la práctica.

Siendo así, y al igual que las Escuelas del Derecho, a lo largo del tiempo y en diferentes lugares se han consolidado múltiples enfoques educativos. No hay ninguno mejor que otro, pero sí unos más coherentes con los objetivos que se pretenden alcanzar. Si el objetivo que persigue el antiformalismo es construir interpretaciones auténticas con la mediación de

¹⁵ Al respecto ver: PERILLA, Juan. Los niveles de conocimiento para el diseño curricular de las Facultades de Derecho. *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, Santiago, v. 10, n. 1, p. 71-90, 2023. <https://doi.org/10.5354/0719-5885.2023.69799>

múltiples fuentes del Derecho que se enmarquen en las leyes válidamente creadas por el legislador, es fundamental encontrar un enfoque que se refiera simultáneamente a los contenidos jurídicos, a las habilidades para aplicarlos y a las actitudes necesarias. Cuando se conjugan contenidos, habilidades y actitudes se está en presencia de competencias, por lo cual el resultado de aprendizaje pretendido por el antiformalismo se relaciona con el aprendizaje basado en competencias.

Pero estas competencias no se desarrollan sin las condiciones curriculares y pedagógicas adecuadas, pues si se aplica solo el enfoque tradicional se desarrollarán solamente los contenidos, el enfoque experiencial se limitará a las habilidades y el actitudinal a las actitudes, generando aportes insuficientes a la materialización de las pretensiones educativas que se persiguen desde el antiformalismo. Se requiere, al igual que en el trasplante iusteórico, generar una construcción educativa desde diferentes aportes académicos y es cuando surge el constructivismo como propuesta ecléctica al acoger diferentes enfoques en sí mismo¹⁶. Así, se trata de un enfoque educativo que también puede ser delimitado desde tres premisas fundamentales: primera, la vinculación de los preconcepciones de los estudiantes en el proceso formativo; segunda, la validación contextual de esos preconcepciones con múltiples fuentes de información; y la tercera, el sentido de utilidad para realidades concretas desde y para las cuales se estructura el proceso formativo.

Al respecto de la primera premisa, el constructivismo contempla que los estudiantes no son recipientes vacíos que han de ser llenados por un profesor sabio; pensar en que la educación consiste en transmitir información es una de las principales características del enfoque educativo tradicional al cual se opone el constructivismo¹⁷. Por el contrario, se

¹⁶ Sobre la conceptualización del constructivismo educativo consultar: ARAYA, Sandra; URRUTIA, Mabel. Aplicación de un modelo educativo constructivista basado en evidencia empírica de la neurociencia y sus implicancias en la práctica docente. *Inf. tecnol.*, La Serena, v. 33, n. 4, p. 73-84, 2022. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-07642022000400073>

¹⁷ La siguiente obra representa un conjunto de investigaciones desde contextos educativos concretos, las cuales evidencian ejemplos de cómo trascender la idea según la cual los estudiantes de Derecho son recipientes vacíos que han de ser llenados, a saber: MARTÍNEZ, Javier. *Aprendizaje a través del debate jurídico*. Pamplona: Aranzadi, 2022.

entiende que al respecto de los asuntos abordados en el proceso de formación quienes aprenden tienen preconcepciones o ideas previas, las cuales pueden ser construcciones personales, sociales, familiares, etc. No se descarta la posibilidad que en esas ideas previas puedan existir prejuicios, ideas infundadas e incluso conocimientos alejados de los parámetros de normalidad de aquello que se debate¹⁸. Pero la preocupación no es que los estudiantes tengan esas ideas previas cuestionables, sino que lo relevante es que no se terminen el proceso de formación con las mismas ideas en su mente.

Es común encontrar estas ideas previas en los estudiantes de Derecho en general y en los de Derecho Procesal Penal en particular, dado que son asuntos abordados por diferentes fuentes más allá de lo que sucede en el salón de clase; pensar que el Derecho penal es un asunto ajeno a los estudiantes es tan utópico como descontextualizado de la realidad. Una persona se puede acercar a estos conocimientos desde medios de comunicación, comentarios entre colegas, interpretaciones personales, entre otros asuntos propios de asuntos presentes en la agenda contextual. Por lo tanto, lo importante es que al iniciar el proceso de formación se tenga la destreza para que los estudiantes hagan evidentes estos preconcepciones, sin temor a equivocarse y permitiendo que se genere conciencia sobre los constructos cognitivos de cada cual¹⁹.

A partir de la exteriorización de tales constructos el proceso de formación se enriquece, pues es cuando la segunda premisa exige validarlos. Una persona puede estar convencida del preconcepción que tiene sobre un asunto en particular, pero llegará a fortalecer sus ideas, ajustarlas o modificarlas en la medida en que se tenga la posibilidad de

¹⁸ Sobre los preconcepciones en el constructivismo se reconoce el rol activo del docente como un guía, para que el protagonismo sea asumido por el estudiante que requiere orientación especializada desde el alcance disciplinar y el rigor pedagógico. Sobre el tema se puede considerar esta investigación: MARTÍNEZ, Felipe. Aprendizaje, enseñanza, conocimiento, tres acepciones del constructivismo. Implicaciones para la docencia. *Perfiles educativos*, Ciudad de México, v. 43, n. 174, p. 170-185, 2021. <https://doi.org/10.22201/iisue.24486167e.2021.174.60208>.

¹⁹ TENA, Isaac. La renovación de los métodos docentes del Derecho tras la reforma de la universidad europea. *Derecho Privado*, Bogotá, n. 40, p. 515-544, 2021. <https://doi.org/10.18601/01234366.n40.18>

aceptar o rechazar la confiabilidad de esos conocimientos²⁰. La validación puede hacerse de forma individual o grupal, para dotar de rigor a las ideas según los materiales que sean seleccionados en el proceso de formación; la confiabilidad de las fuentes se alcanza a través de procesos de investigación académicos, procesos de creación normativa desde la realidad jurídica e incluso de debate con expertos en la materia. El material para validar los preconceptos deberá ser seleccionado reflexivamente, analizando el aporte que tenga para alcanzar los resultados de aprendizaje pretendidos.

Por estas razones, la validación individual puede materializarse con la lectura de materiales bibliográficos, documentos normativos o materiales análogos; de la lectura contextualizada de esta información se tendrá la posibilidad de fortalecer el constructo cognitivo. Al tiempo que la validación social se hace con la participación de los demás actores del proceso de formación, que no se limita a los estudiantes, sino que incluye al profesor²¹. En la enseñanza del Derecho Procesal Penal, los preconceptos en torno a este asunto se pueden dar con materiales especializados, normas jurídicas en general o actividades en clase que aporten decididamente a apropiar las competencias antes mencionadas; el diseñador del currículo no puede extraer los preconceptos para tener un cúmulo de información dispersa en el proceso de formación, sino que debe tener responsabilidad al momento de gestionarla con propósitos claramente definidos.

Y esos propósitos claramente definidos son los que aportan a la tercera premisa del constructivismo: el sentido de utilidad. Los actores del contexto educativo deben poder entender con claridad para qué se exigen determinados desempeños en el proceso de formación; en ocasiones las Facultades de Derecho proponen actividades interesantes y hasta divertidas, pero que al final no tienen un sentido claro en torno a lo que se quiere alcanzar²². Por lo mismo, la propuesta curricular y

²⁰ MIRANDA, Yanedis. Aprendizaje significativo desde la praxis educativa constructivista. *Koinonía*, Santa Ana, v. 7, n. 13, p. 72-84, 2022. <https://doi.org/10.35381/r.k.v7i13.1643>

²¹ ARELLANO, Pablo. La construcción del rol docente desde una mirada renovadora de la lectura y la escritura. *Pedagogía y Saberes*, Bogotá, n. 51, p. 23-32, 2019.

²² Formular los resultados de aprendizaje contribuye a producir valor en la formación de los egresados con la vocación de generar impactos. Así lo

pedagógica debe tener alineación entre lo que se pretende alcanzar y la manera de alcanzarlo. En el caso del Derecho Procesal Penal, las actividades educativas deben aportar a desarrollar competencias propias de la práctica profesional desde la conjugación de contenidos, habilidades y actitudes; se trata de una de las mayores exigencias muchas veces invisibilizada.

Ahora bien, ese sentido de utilidad no puede ser resultado de una percepción personal de un solo actor, pues se exige la confluencia de diferentes intereses, necesidades y exigencias. Como mínimo se esperaría que para determinar para qué se enseña, por qué se enseña, cómo se enseña y qué se enseña, se vinculen quienes aprenden, quienes enseñan, el medio educativo, los expertos disciplinares y los expertos curriculares²³. Se trata de un proceso de validación que permite mediar diferentes perspectivas, pues lo que para uno puede ser útil no lo es para otro. Por lo tanto, llegar a puntos de encuentro permite el máximo aprovechamiento de la experiencia educativa que se genere al interior de la Facultad de Derecho; de ahí que el constructivismo exija una corresponsabilidad en la materialización de los diseños curriculares y pedagógicos.

Se evidencia en este sentido que entre múltiples enfoques educativos, el constructivismo constituye un enfoque en el que confluyen contenidos, habilidades y actitudes. Esta confluencia da lugar a un desarrollo de competencias coherente con los postulados del antiformalismo, en virtud del cual se deben identificar los preconceptos de quienes aprenden, para validarlos de manera individual o grupal, siempre dotando de utilidad al proceso formativo. La determinación de esta utilidad debe realizarse de tal forma que se consideren intereses, necesidades y exigencias de múltiples actores de proceso de formación, aportando a la corresponsabilidad en el proceso de enseñanza y aprendizaje. A partir de este punto resulta relevante determinar cómo

considera esta investigación: FONTALVO, Tomás. Resultados de aprendizaje y mecanismos de evaluación en los programas académicos de educación superior en Colombia. *Formación Universitaria*, La Serena, v. 15, n. 1, p. 105-114, 2022. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-50062022000100105>

²³ PONCE, Genoveva. La teoría y la praxis curricular: resignificaciones desde la práctica docente. *RCUISRAEL*, Quito, v. 5, n. 2, p. 51-59, 2018. <https://doi.org/10.35290/rcui.v5n2.2018.90>.

es que de la conjugación del constructivismo con el antiformalismo es que surge un enfoque educativo propio para las Facultades de Derecho.

1.3 LA NUEVA TEORÍA DEL CONSTRUCTIVISMO ANTIFORMALISTA DESDE EL MISREADING

Tanto el formalismo como Teoría del Derecho como el constructivismo como teoría educativa se explican desde tres premisas fundamentales, las cuales confluyen en puntos comunes cuando se analizan conjuntamente. Esto es lo que permite conjugar las tres premisas para construir la teoría jurídico-educativa del constructivismo antiformalista, a saber: el constructivismo antiformalista en su primera premisa se referirá a que el conocimiento jurídico previamente existente es un marco que requiere derivaciones cognitivas según cada contexto. En consecuencia, la segunda premisa planteará que, las derivaciones cognitivas requieren de la validación del conocimiento jurídico existente desde múltiples fuentes con relevancia para las Facultades de Derecho. Y por último, la tercera premisa implicará que una vez validado el conocimiento se lleguen a interpretaciones auténticas que guarden coherencia no solo con la teoría legal sino con las exigencias que desde la práctica se plantean.

En desarrollo de la primera premisa se debe considerar que, cuando se inicia un proceso de formación, existen múltiples conocimientos en torno al asunto que pretende ser tratado. Algunos de estos conocimientos provienen de los actores del proceso formativo como preconceptos y otros provienen de fuentes jurídicamente relevantes, entre las cuales se encuentra la ley. Así, los procesos educativos no inician de la nada, sino que tienen grandes cantidades de información que debe ser considerada como punto de partida. El reto se encuentra en generar consciencia de toda esa información, que no necesariamente es rigurosa, actualizada o pertinente, para que haya un marco a partir del cual sea posible construir; tener conocimientos de algún tipo para trabajar a partir de ellos, es mucho más valioso que negar su existencia para construir sobre bases no necesariamente sólidas.

Lo importante es que para que en efecto los conocimientos previos sean un marco a partir del cual se debe construir y no la respuesta final de lo que se va a aprender, se requieren materiales pedagógicos sin respuestas

exactas. El diseño de la experiencia formativa debe asegurar encontrar problemas, proyectos o retos coherentes con la práctica profesional que requieran conjugar contenidos, habilidades y actitudes, más allá de solo leer el código desde una perspectiva exegética. Se trata de una transformación de gran parte de las prácticas educativas de las Facultades de Derecho, para lo cual el material pedagógico no solo debe atender a los problemas que desde la teoría académica se identifican, sino que deben materializar gran parte de las limitaciones que desde la práctica profesional cotidiana se evidencian al Derecho formalmente considerado.

Si se carece de respuestas exactas que puedan ser resueltas con ejercicios formalistas que terminen en una interpretación mimética, los actores del proceso educativo se verán enfrentados a vacíos o lagunas que han de ser llenados con sus criterios auténticos. Y para esto las prácticas al interior del aula necesariamente deberán transformarse, pues el proceso de enseñanza deja de ser transmitir información para memorizarla y luego repetirla en un examen; dejará de ser necesario que los estudiantes respondan cuestionarios de forma individual y sin poder consultar nada más que sus conocimientos memorizados. Por el contrario, los estudiantes tendrán la posibilidad de acudir a múltiples fuentes para construir sus respuestas, algunas de las cuales deberán ser previamente seleccionadas por el diseñador del currículo sin que contengan una respuesta que debe ser construida por quienes aprenden con la orientación de quien enseña.

Es de anotar que esa construcción de soluciones puede contemplar un trabajo personal, pero debe llegar a una realización social, dado que quienes aprenden deben entenderse como una fuente más que requiere validación con pares. Si se aprende desde materiales pedagógicos que representan en sí mismos problemas sin solución exacta, los conocimientos previos serán un marco para iniciar la derivación de propuestas cognitivas. Estas propuestas cognitivas evidenciarán las fortalezas y limitaciones de los preconceptos, pues se mediará una validación individual y social. Razón por la cual el resultado final que se alcance será la ponderación de diferentes fuentes, tomando de ellas lo directamente aplicable y generando sentido de utilidad desde y para la realidad que pretende impactarse.

Esa utilidad es el punto de encuentro por excelencia del antiformalismo con el constructivismo, pues la interpretación auténtica de la iusteoría busca impactar realidades concretas de forma coherente con

la utilidad pretendida por el constructivismo. Por lo mismo, los actores del proceso formativo deberán ser conscientes del para qué de su aprendizaje, cuestionando la información meramente declarativa para llegar a darle aplicabilidad en situaciones específicas; la enseñanza del Derecho, y el Derecho mismo, cobran vida desde el aprendizaje situado, dejando de ser un asunto de interpretaciones que giran en torno al legislador tradicional. El Derecho aplicado desde las Facultades en las cuales se estudia permite la preparación para lo que es la práctica profesional auténtica, en la cual el constructivismo antiformalista tendrá la exigencia de generar impactos situados en realidades que trascienden la formalidad de la ley escrita.

Se plantea de esta forma una posibilidad curricular y pedagógica para que el antiformalismo se apropie desde la educación jurídica, pues el Derecho deja de ser visto como un entramado de normas perfectas para dotarlo de una naturaleza abierta desde los preconceptos. Esta naturaleza abierta exige poner a prueba los conocimientos previos en situaciones sin respuestas exactas, sino permitiendo encontrar las fortalezas y los límites de lo existente. Esas fortalezas se potenciarán y los límites se podrán llegar a superar a partir de un proceso de validación que necesariamente tiene un alcance social, pues es ahí cuando se adquiere sentido de utilidad no solo formal sino real. El Derecho lleva a materializarse desde y para los contextos en los cuales se aplica profesionalmente, preparando a quienes aprenden a afrontar las exigencias propias de la práctica una vez graduados.

Ahora bien, construir este enfoque educativo conjugando elementos de la teoría jurídica con propuestas sobre la enseñanza y el aprendizaje tiende a ser catalogado como una lectura fuera de los parámetros de normalidad académica, entre otras razones porque desde los sitios de producción en los cuales se consolidaron estos planteamientos académicos no se identificaron los lazos de conexión entre estas dos ciencias sociales. Esto implicaría que desde la formulación original de las teorías objeto de análisis, la propuesta que se encuentra a continuación sería tachada como una mala lectura, *misreading*. Y sin lugar a dudas, no habría forma de contradecirlo desde el criterio centralizado en la producción del conocimiento. Sin embargo, lo que para el sitio de producción puede ser una lectura lejana a los parámetros de normalidad, para el sitio de recepción ubicado en la periferia bien puede ser una nueva teoría con vocación de ser aplicada.

Lo valioso del mencionado *misreading* es que supera la falsa dicotomía entre los sitios de producción que, supuestamente, están llamados a crear conocimiento para unos sitios de recepción que solamente los aceptan; se trata de una idea que no solo ubica un protagonismo injustificado de ciertos contextos históricamente validados, sino que también desdibuja la posibilidad creativa de realidades como la latinoamericana. En este sentido, cuando se lee una teoría extranjera desde cualquier contexto, se aporta a ella información extratextual y metatextual de quien está interpretando, generando un nuevo alcance a la formulación original. Esta originalidad permite la generación de adaptaciones que en últimas llevan a que la derivación teórica alcanzada pueda ser un alcance auténtico de la teoría inicial. Por lo tanto, tanto quien escribe la teoría por primera vez como quien la reescribe luego de interpretarla podrán ser considerados autores auténticos, según las exigencias contextuales en las cuales se encuentran inmersos.

En consecuencia, el constructivismo antiformalista es una teoría proveniente de una lectura audaz, la cual no pretende aceptación desde los sitios de producción centralizados sino aplicación práctica para los contextos en los cuales se dirige. Y es en ese punto en el cual los contextos latinoamericanos pueden evaluar su utilidad, al tiempo que hacer los ajustes que consideren desde su propia realidad. Si no se hicieran ajustes contextuales a la propuesta teórica que acá se plantea, se configuraría nada menos que una contradicción sustancial; el constructivismo antiformalista no tiene vocación de perfección, sino un marco orientador que puede ser complementado por interpretaciones auténticas provenientes de los más diversos contextos. Algunas de estas posibles interpretaciones se plantean en el capítulo siguiente, tomando como referente enunciativo al Derecho Procesal Penal como asignatura propia de los planes de estudio que agrupan las Facultades de Derecho.

2. ESTRATEGIAS PEDAGÓGICAS COHERENTES CON EL CONSTRUCTIVISMO ANTIFORMALISTA DESDE Y PARA EL DERECHO PROCESAL PENAL

El constructivismo antiformalista es un enfoque jurídico-educativo con vocación de ser aplicado en diferentes áreas del Derecho, procurando la inclusión de ajustes contextuales según las necesidades, intereses

y necesidades de los actores de cada realidad educativa. Una de estas realidades la constituye el área del Derecho Procesal Penal, la cual no solamente exige la comprensión de contenidos sustanciales propios del Derecho Penal General y Especial, sino que también se espera su materialización práctica en contextos generalmente judiciales. Se trata entonces de un área del Derecho con un alto nivel de complejidad, donde los conocimientos declarativos se deben relacionar con los procedimentales para que a partir de la justificación de lo que se aprende pueda darse sentido de utilidad desde y para la práctica profesional a la cual se enfrentarán los egresados de las Facultades de Derecho.

Para estos efectos, el Derecho Procesal Penal requiere de la selección de materiales pedagógicos que representen posibilidades de discusión sin respuestas exactas. Para ello se vuelve imperativo analizar situaciones concretas en los procesos de formación, las cuales deben ser problemas más no casos²⁴. En educación jurídica se ha planteado que los casos jurídicamente relevantes tienen una respuesta exacta, mientras que los problemas tienen múltiples respuestas posibles y que generalmente necesitan ser construidas por los intervinientes. Siendo así, para la enseñanza del Derecho Procesal Penal se deberán construir situaciones problemáticas que contengan sucesos con múltiples variables hermenéuticas, las cuales puedan ser discutidas socialmente para encontrar soluciones con sentido de utilidad.

Los problemas tienen sucesos con vacíos o lagunas que deben ser llenados no solo con contenidos, sino con una actitud mediada por habilidades que desde la experiencia sugieran soluciones. No es descartable que en la experiencia pedagógica pueda permitirse la inclusión de nuevos sucesos, con o sin pruebas, a medida que avance el proceso. Incluso se podrían considerar diferentes supuestos de hecho cuya certeza se dé desde el análisis que adelante cada grupo de estudiantes²⁵. Esta amplitud en la formulación de los problemas debe tener un límite, el cual no es

²⁴ Sobre el uso de casos y problemas consultar: GIL, Rosario. El uso del aprendizaje basado en problemas en la enseñanza universitaria. *RMIE*, Ciudad de México, v. 23, n. 76, p. 73-93, 2018.

²⁵ Sobre los grupos de estudiantes en estrategias constructivistas se puede consultar esta investigación que plantea retos para su implementación: GONZÁLEZ, Daniel. Problem-based learning para la enseñanza universitaria de

nada menos que el resultado de aprendizaje que se desea alcanzar; si en la clase de Derecho Procesal Penal se requiere analizar, por ejemplo, el rol del ente acusador en una audiencia determinada no será necesario incluir materiales centrados en otros actores del proceso o en otras audiencias. Tal delimitación dependerá en gran medida de la experiencia del profesor y su rigor en la construcción del material.

Para asegurar una óptima construcción de estos materiales, se debe entender que los problemas deben ser presentados a manera de pruebas de desempeño²⁶. Las pruebas de desempeño corresponden a elementos análogos a lo que se realizará en el ejercicio profesional, por lo cual podrán ser entendidos como expedientes judiciales, demandas, memoriales, sentencias, entre otros documentos plenamente coherentes con el resultado de aprendizaje. Una vez entregados estos materiales a los estudiantes se les debe asignar un rol específico, pues la instrucción de aquello que deben hacer es fundamental para asegurar un desempeño enmarcado en lo esperado por el diseño curricular; no se pueden entregar documentos esperando a ver qué sucede, sino que se debe orientar para qué son los materiales pedagógicos. Esto no implica sugerir una respuesta, sino orientar el sentido de utilidad que se dará a la experiencia de formación. Sobre el particular debe tenerse en cuenta que las pruebas de desempeño pueden ser de tres tipos, a saber:

Pruebas de desempeño artificiales: son diseñadas generalmente por profesores desde su propia imaginación, vinculando en documentos generalmente narrativos una situación que requiere de una solución; los documentos pueden incluir textos, videos, grabaciones, etc. Los profesores narran una serie de sucesos en los cuales están intencionalmente incluidos los conocimientos que deben ser abordados por los estudiantes, con relaciones lógicas y coherentes; el profesor hace evidentes acontecimientos a partir de los cuales se debe atender a una solución generalmente predeterminada. No tienen anexos documentales o testimoniales, sino solamente la narración de lo que sucedió en formatos académicos más

la Filosofía Medieval. *Folios*, Bogotá, n. 54, p. 215-230, 2021. <https://doi.org/10.17227/folios.54-11907>

²⁶ Sobre evaluación a través de pruebas de desempeño consultar: ASIU, Libia. Evaluación formativa en la práctica pedagógica: una revisión bibliográfica. *Conrado*, Cienfuegos, v. 17, n. 78, p. 134-139, 2021.

que profesionales. Esto hace que haya un riesgo importante para que se configuren casos con respuestas exactas, por lo cual se deberán dejar variables enunciadas con diferencias en su posibilidad de interpretación.

Pruebas de desempeño simuladas: las cuales también provienen de la imaginación de quien las diseña, pero en un formato muy similar a lo que se encontrará en el ejercicio de abogado. Así, quien diseña el material tiene la posibilidad de hacerlo en formatos como demandas, memoriales, documentos institucionales, etc. Tiene un mayor nivel de exigencia, dado que no basta solo con narrar en un documento, sino que se deben construir los soportes de lo que pretende ser narrado. Así, rara vez se tiene un documento de narración, pues que los estudiantes a analizan diferentes soportes documentales o testimoniales a partir de los cuales deberían entender qué fue lo que sucedió. Funcionan para estos efectos los expedientes, que incluyen demandas o denuncias, junto a sus respectivas pruebas.

Pruebas de desempeño auténticas: las cuales no son construidas desde la imaginación, sino que corresponden a problemas reales, vinculando documentos propios del ejercicio profesional. Para estos efectos, quien diseña la experiencia formativa tiene la posibilidad de seleccionar un expediente real, por ejemplo, para que los estudiantes trabajen sobre él. Es importante que el profesor resguarde la información sensible de quienes se encuentran involucrados en el proceso, pero aprovechando lo que sucedió; no es necesario que se sepa quién es el involucrado, pero sí todos los sucesos jurídicamente relevantes en torno a los acontecimientos.

La adopción de estas pruebas de desempeño permite materializar el constructivismo antiformalista en la enseñanza y el aprendizaje del Derecho Procesal Penal, siempre que se cuente con una estructura metodológica pertinente. Esta estructura metodológica, aplicable para las tres pruebas de desempeño, debe considerar en un primer momento que se debe contar con una narración de sucesos, donde uno de ellos corresponde a lo denominado material gatillo²⁷. Este material es el que contiene el problema jurídico central de la situación, así la narración

²⁷ MORALES, María. Diseño y validación de un caso de enseñanza electrónico sobre pensamiento crítico. *Apertura*, Guadalajara, v. 13, n. 2, p. 88-105, 2021. <https://doi.org/10.32870/ap.v13n2.2037>.

empieza con información contextual de la situación descrita y termina con un suceso que reviste gran importancia para iniciar el análisis. Una vez formulado ese material gatillo es que se formula una instrucción de desempeño lo más clara posible, de tal manera que se direcciona la manera en que se propone el análisis del problema. Así, por ejemplo, se puede plantear una situación que narre las condiciones de unos sujetos, hasta que se configure un homicidio. El homicidio sería el material gatillo, a partir del cual se puede formular una instrucción como, por ejemplo, redactar una denuncia para presentar a la autoridad competente.

Este desempeño pretendido debe tener un nivel de dificultad tal que, por ejemplo, no haya plena claridad de quién es el autor del homicidio, puedan existir coautorías o incluso la necesidad de presentar la denuncia frente a personas indeterminadas. La instrucción no debe llegar a orientar sobre el contenido de la denuncia, pues esto deberá ser un análisis personal de quienes aprenden y exigirá el desarrollo de las competencias que conllevan contenidos, habilidades y actitudes²⁸. Una vez formulado el material gatillo junto con la instrucción, es menester analizar cómo implementarla en el aula de clase, para lo cual se recomienda que se realice una lectura inicial con la presencia de todos los integrantes del proceso educativo en las modalidades presenciales.

El análisis en conjunto del material pedagógico permite aclarar sucesos por parte del docente, determinar con claridad cuáles son las ambigüedades que deben solucionar los estudiantes y aclarar las instrucciones²⁹. En caso en que se trate de una modalidad virtual, la lectura de la actividad podrá hacerse individualmente y se recomienda generar medios para solucionar todas las dudas posibles que no den la respuesta final, sino que orienten el trabajo según lo antes mencionado³⁰.

²⁸ Sobre competencias docentes para el aprendizaje activo consultar: ENRI-QUEZ, Ruperto. La Efectividad del Aprendizaje Activo en la Práctica Docente. *EduSol*, Guantánamo, v. 21, n. 74, p. 102-111, 2021.

²⁹ Sobre el tema consultar: DURAN, Verónica. El aprendizaje activo y el desarrollo de habilidades cognitivas. *FEM*, Barcelona, v. 24, n. 6, p. 283-290, 2021. <https://dx.doi.org/10.33588/fem.246.1153>

³⁰ En torno a la enseñanza por medios no presenciales se recomienda consultar los hallazgos de investigación disponibles en este libro: PICÓ, Joan. *La enseñanza del Derecho en tiempos de crisis: retos docentes del Derecho Procesal*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2021.

En cualquier caso, para estas pruebas de desempeño es fundamental que haya una socialización del problema y se eviten variables innecesarias o que lleven a temas distantes al resultado de aprendizaje. Es en este momento en el cual se pueden presentar los preconceptos por parte de los estudiantes, determinando con claridad qué saben acerca del problema y en qué deben profundizar.

De ahí proviene la validación individual y social, para lo cual se puede solicitar al estudiante que proyecte posibles soluciones a la instrucción. Estas soluciones las podrá socializar con compañeros para identificar fortalezas y posibilidades de mejora de cada aporte. El rol del profesor en este caso es fundamental, pues debe estar atento que la validación acoja conocimientos pertinentes para lo que pretende³¹. En caso en que se incluyan conocimientos que no sean del todo coherentes, se podrá sugerir revisar otros materiales para validar o generar preguntas orientadoras; el profesor debe evitar evidenciar un error de forma directa, para no otorgar la respuesta definitiva. Sin embargo, no puede dejar pasar falencias en la validación, pues él mismo es parte de ese proceso.

No es descartable que para el proceso de validación se asignen roles a los intervinientes en el proceso de formación, donde algunos estudiantes pueden ostentar el rol de defensa, otros de acusadores o jueces; el profesor puede acoger uno de estos roles, desde el cual tendrá la posibilidad de hacer las validaciones que considere pertinentes. Con fundamento en estos roles, se debe construir un resultado final que además de respetar las normas jurídicas aplicables, también aporte a materializar el sentido de utilidad de lo pretendido. Si se está en presencia de un curso de Derecho Procesal Penal, no basta con hacer un análisis teórico sobre el deber ser de esta área del Derecho sino asegurar una utilidad práctica de los conocimientos en torno a una solución de fondo y pertinente para el problema que se analiza.

La duración de estas estrategias pedagógicas dependerá de la dificultad del problema, para lo cual se sugieren validaciones previas con

³¹ Se reitera que el docente debe facilitar el proceso de aprendizaje, asumiendo la responsabilidad para que el estudiante pueda alcanzar los resultados esperados para su formación. Sobre el tema se puede ver: DÍAZ, Antonio. La responsabilidad del estudiante en un modelo pedagógico constructivista. *Salud, Barranquilla*, v. 27, n. 1, p. 135-146, 2021.

la participación de todos los actores del proceso de formación. Y aunque parece una tarea exigente, se permitirá que los estudiantes asuman el protagonismo del proceso formativo, para que los profesores se constituyan en una guía y la sociedad sea la beneficiaria final del proceso educativo. Se trata de una propuesta inicial para que se fortalezca la generación de sentido de utilidad desde y para la práctica profesional, donde la educación sea un proceso motivante para estudiantes, profesores y administrativos, al tiempo que con sentido lógico del para qué se asegure la real consecución de resultados de aprendizajes tan disruptivos como llegar a conjugar una teoría jurídica con una teoría educativa para las Facultades de Derecho que actualmente forman a los futuros abogados del contexto latinoamericano.

CONCLUSIONES

El contexto jurídico latinoamericano se ha consolidado como un sitio de recepción de diferentes teorías producidas en el norte global, incluyendo el contexto de Europa y Estados Unidos. Esta recepción se realiza a través de un proceso de trasplante de la teoría tomada desde su sitio original, siendo acogida en la periferia de la generación del conocimiento. Aunque en principio este proceso esperaría una extensión del diseño original, en realidad se presenta una lectura lejana a los parámetros de normalidad en los cuales se gestó originalmente cada teoría y lleva a que los sitios de producción tachen al resultado del trasplante como una mala lectura (*misreading*). Pero, aunque pueda ser una mala lectura desde la perspectiva extranjera, para el contexto local puede ser entendida como una nueva teoría capaz de lograr aplicación contextual.

Una de las Teorías del Derecho construidas desde el norte global es el antiformalismo, la cual conjuga elementos de diferentes Escuelas del Derecho para comprender que los sistemas jurídicos tienen una naturaleza abierta. Esta naturaleza abierta reconoce la existencia de lagunas, las cuales provienen de realidades específicas que no son directamente atendidas por la ley tradicional. En consecuencia, es necesario conjugar múltiples fuentes para subsanar los vacíos que el legislador tradicional dejó con su tarea, lo cual incluye jurisprudencia, doctrina y hasta acuerdos privados. Es por esta razón que los operadores jurídicos están en la capacidad de crear Derecho desde su propia realidad, caso en el cual se configuran las

interpretaciones auténticas. Estas interpretaciones acogen el marco legal como punto de partida, a partir del cual responden a las exigencias de cada contexto al formular respuestas a casos específicos.

Se trata de una teoría disruptiva que coexiste en diferentes contextos latinoamericanos, aunque en muchas ocasiones de forma inconsciente. Es por ello que las Facultades de Derecho deben preparar a sus estudiantes para afrontar un ejercicio profesional adscrito a esta iusteoría y para lograrlo se requiere un enfoque educativo igualmente disruptivo. Dentro de los diferentes enfoques educativos, el constructivismo se ubica como una propuesta ecléctica que desarrolla competencias desde contenidos, habilidades y actitudes. Para alcanzar el desarrollo de estas competencias se asegura en un primer momento la identificación de los preconceptos de los participantes, los cuales se validarán individual y socialmente para dotar finalmente de sentido de utilidad al proceso de formación. La enseñanza y el aprendizaje requiere entonces para qué claros, con la corresponsabilidad de diferentes actores del contexto educativo.

Es a partir de estas premisas que se puede formular el enfoque jurídico-educativo del constructivismo antiformalista, el cual reconoce en un primer lugar la importancia de aprender tomando como marco la información jurídica existente. Esta información jurídica encontrará sus fortalezas y límites desde materiales pedagógicos concretos, los cuales plantean debates lejanos a la formulación de respuestas exactas; la educación jurídica trasciende la enseñanza fundada en la memoria para privilegiar la aplicación práctica. En este sentido, para construir soluciones se requiere acudir a múltiples fuentes como un proceso de validación, en los cuales resulta de especial importancia la participación activa de los estudiantes y los profesores. Con esa validación se pueden afianzar conocimientos y estrategias, de cara a construir una respuesta auténtica que responda de fondo a las exigencias contextuales del material pedagógico propuesto.

Para construir ese material pedagógico existen diferentes posibilidades, que dependerán en gran medida del área del conocimiento de la cual se trate. En el caso concreto del Derecho Procesal Penal se sugiere acoger como parte de ese material situaciones sin respuestas exactas, las cuales son denominadas problemas; mientras que los casos tienen respuestas únicas, los problemas tienen múltiples posibilidades de solución.

Estos problemas pueden estructurarse desde pruebas de desempeño, que responden a tres categorías: artificiales, simuladas y auténticas. Las pruebas de desempeño artificiales son creadas por la imaginación del diseñador, sin vincular documentos propios del ejercicio profesional. Por su parte, las simuladas también provienen de un ejercicio imaginativo, pero vinculando documentos análogos a la práctica profesional. Y las auténticas son situaciones reales con documentos y testimonios igualmente reales.

Lo importante es que, para garantizar el constructivismo antiformalista a través de cualquiera de estas pruebas, se cuente en un primer momento con un material gatillo y corresponde a aquel suceso a partir del cual se identifica el problema jurídico. Este material gatillo deberá estar acompañado de una instrucción clara, en la cual se describan desempeños concretos a alcanzar sin sugerir la respuesta o solución al problema. El análisis inicial de la situación deberá hacerse en conjunto, pero en caso de no ser posible se deberán generar los medios suficientes para aclarar dudas referentes a la formulación. Una vez comprendidos los sucesos, cada participante podrá evidenciar sus preconcepciones en clase o a través de la proyección de una posible solución, luego de lo cual se requerirá una validación individual con materiales académicos adicionales o social con la participación de otros actores como estudiantes o profesores.

Para fortalecer el proceso de validación se podrán asignar roles a los participantes, siempre proyectando el sentido de utilidad. Este sentido de utilidad requiere de una interpretación auténtica que acoja los lineamientos del marco normativo y responda a las exigencias del contexto específico en el cual se gesta la situación problemática. Con este proceso se aporta significativamente a que el Derecho Procesal Penal no sea un conjunto de conocimientos teóricos que son formalmente transmitidos al estudiante, sino que cobran vida desde tres premisas jurídico-educativas relacionadas entre sí. La formulación de estas tres premisas desarrolla los objetivos de investigación planteados y permiten aceptar la hipótesis del presente artículo de investigación. Se plantea de esta forma un disruptivo enfoque jurídico-educativo, que más allá de ser una interpretación audaz representa un reto para ser acogido según las particularidades de cada una de las realidades desde y para la cual se pretenda aplicar.

De ahí que se trata de un punto de partida formulado desde el Derecho Procesal Penal, pero que se puede aplicar en futuras

investigaciones a otras áreas del conocimiento jurídico. Esto se justifica al considerar que el Derecho latinoamericano responde al debate iusteórico entre la dicotomía entre el formalismo y el antiformalismo, por lo cual los postulados del constructivismo antiformalista pueden materializarse de manera generalizada en diferentes campos del conocimiento. Pese a esta versatilidad en la propuesta pedagógica para ser ajustada, sí es imperativo que cualquier adopción pedagógica y curricular cuente con un proceso reflexivo de forma previa, concomitante y posterior; la innovación en la educación jurídica ha de materializar plena responsabilidad en el proceso de manera transversal por los actores del contexto educativo. Por lo mismo, todas las áreas del derecho contextualizado en Latinoamérica tendrán la posibilidad de generar adopciones y adaptaciones reflexivas de la propuesta. Ahí es donde el constructivismo antiformalista asegura pleno sentido de utilidad.

BIBLIOGRAFÍA

ARELLANO, Pablo. La construcción del rol docente desde una mirada renovadora de la lectura y la escritura. *Pedagogía y Saberes*, Bogotá, n. 51, p. 23-32, 2019. <https://doi.org/10.17227/pys.num51-10236>

ASIU, Libia. Evaluación formativa en la práctica pedagógica: una revisión bibliográfica. *Conrado*, Cienfuegos, v. 17, n. 78, p. 134-139, 2021. https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v7i3.6289

BLOOM, Harold. *A map of misreading*, Oxford: Oxford University Press, 1995.

BONILLA, Daniel. *Teoría del Derecho y trasplantes jurídicos*, Bogotá: Universidad de los Andes, 2009.

BUSTOS, Michel. El soft law como fuente del Derecho administrativo colombiano. *Prolegómenos*, Bogotá, v. 22, n. 44, p. 35-48, 2019. <https://doi.org/10.18359/prole.3432>

CASTRO, Jesús. Pluralidad y lagunas jurídicas en ecoleyes relacionadas con áreas naturales protegidas de competencia estatal en México. *Región y sociedad*, Hermosillo, v. 30, n. 72, 2018. <https://doi.org/10.22198/rys.2018.72.a897>.

CORES, Carlos. La interpretación del Derecho como vocación. *Rev. Derecho*, Montevideo, n. 19, p. 157-180, 2019. <https://doi.org/10.22235/rd.v0i19.1776>.

DÍAZ, Antonio. La responsabilidad del estudiante en un modelo pedagógico constructivista. *Salud*, Barranquilla, v. 27, n. 1, p. 135-146, 2021.

DURAN, Verónica. El aprendizaje activo y el desarrollo de habilidades cognitivas. *FEM*, Barcelona, v. 24, n. 6, p. 283-290, 2021. <https://dx.doi.org/10.33588/fem.246.1153>

ENRIQUEZ, Ruperto. La Efectividad del Aprendizaje Activo en la Práctica Docente. *EduSol*, Guantánamo, v. 21, n. 74, p. 102-111, 2021.

FONTALVO, Tomás. Resultados de aprendizaje y mecanismos de evaluación en los programas académicos de educación superior en Colombia. *Formación Universitaria*, La Serena, v. 15, n. 1, p. 105-114, 2022. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-50062022000100105>

GIL, Rosario. El uso del aprendizaje basado en problemas en la enseñanza universitaria. *RMIE*, Ciudad de México, v. 23, n. 76, p. 73-93, 2018.

GONZÁLEZ, Daniel. Problem-based learning para la enseñanza universitaria de la Filosofía Medieval. *Folios*, Bogotá, n. 54, p. 215-230, 2021. <https://doi.org/10.17227/folios.54-11907>

GUAMAN, Klever. El positivismo y el positivismo jurídico. *Universidad y Sociedad*, Cienfuegos, v. 12, n. 4, p. 265-269, 2020.

LÓPEZ, Diego. *Teoría impura del Derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá: Legis, 2004.

MARQUISIO, Ricardo. Argumentos positivistas en la era postpositivista. *Revista de Derecho*, Montevideo, n. 19, p. 49-75, 2019. <https://doi.org/10.22235/rd.v0i19.1733>.

MARTÍNEZ, Felipe. Aprendizaje, enseñanza, conocimiento, tres acepciones del constructivismo. Implicaciones para la docencia. *Perfiles educativos*, Ciudad de México, v. 43, n. 174, p. 170-185, 2021. <https://doi.org/10.22201/iisue.24486167e.2021.174.60208>.

MARTÍNEZ, Javier. *Aprendizaje a través del debate jurídico*. Pamplona: Aranzadi, 2022.

MIRANDA, Yanedis. Aprendizaje significativo desde la praxis educativa constructivista. *Koinonía*, Santa Ana, v. 7, n. 13, p. 72-84, 2022. <https://doi.org/10.35381/r.k.v7i13.1643>

MONTOYA, Juny. *El campo de los estudios curriculares del Derecho*, Bogotá: Universidad de los Andes, 2016.

MORALES, María. Diseño y validación de un caso de enseñanza electrónico sobre pensamiento crítico. *Apertura*, Guadalajara, v. 13, n. 2, p. 88-105, 2021. <https://doi.org/10.32870/ap.v13n2.2037>.

MURILLO, Felipe. El Utilitarismo Clásico de Jeremy Bentham. *Prax. filos.*, Cali, n. 55, p. 169-188, 2022. <https://doi.org/10.25100/pfilosofica.v0i55.12360>.

PEÑA, Jhon. Los preacuerdos: legalidad, ficción legal y reducción de la pena. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, v. 40, n. 108, 2019.

PERILLA, Juan. *Constructivismo antiformalista: conceptualización pedagógica y materialización jurídica*, Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2017.

PERILLA, Juan. Los niveles de conocimiento para el diseño curricular de las Facultades de Derecho. *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, Santiago, v. 10, n. 1, p. 71-90, 2023. <https://doi.org/10.5354/0719-5885.2023.69799>

PICÓ, Joan. *La enseñanza del Derecho el tiempos de crisis: retos docentes del Derecho Procesal*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2021.

PONCE, Genoveva. La teoría y la praxis curricular: resignificaciones desde la práctica docente. *RCUISRAEL*, Quito, v. 5, n. 2, p. 51-59, 2018. <https://doi.org/10.35290/rcui.v5n2.2018.90>.

RODRIGUEZ, Manuel. La interpretación de las normas jurídicas como problema constitucional. *Dikaion*, Chía, v. 27, n. 2, p. 175-204, 2018. <https://doi.org/10.5294/dika.2018.27.2.1>.

TENA, Isaac. La renovación de los métodos docentes del Derecho tras la reforma de la universidad europea. *Derecho Privado*, Bogotá, n. 40, p. 515-544, 2021. <https://doi.org/10.18601/01234366.n40.18>

Authorship information

Juan Sebastian Alejandro Perilla Granados. Doctor en Derecho (PHD), Magíster en Educación y en Derecho. Abogado de la Universidad de los Andes. Investigador senior reconocido por el Ministerio de Innovación, Ciencia y Tecnología de Colombia. Profesor invitado en la Facultad de Derecho de la Universidad Tecnológica de Bolívar (Cartagena). js.perilla117@gmail.com

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; he also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates (<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 04/08/2023
- Desk review and plagiarism check: 20/08/2023
- Review 1: 26/09/2023
- Review 2: 10/12/2023
- Preliminary editorial decision: 03/02/2024
- Correction round return: 14/02/2024
- Final editorial decision: 17/02/2024

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Assistant-editor: 1 (MBB)
- Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

PERILLA GRANADOS, Juan Sebastian Alejandro. La enseñanza del Derecho Procesal Penal desde el constructivismo antiformalista. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 10, n. 1, e899, jan./abr. 2024. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i1.899>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.