



UNIVERSIDAD INDOAMÉRICA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS POLITICAS

**MAESTRÍA MAESTRIA EN MEDIACIÓN, ARBITRAJE Y SOLUCION DE
CONFLICTOS**

TEMA:

**LA CLÁUSULA ESCALONADA Y SUS LÍMITES FRENTE AL *IUS PUNIENDI* DEL
ESTADO ECUATORIANO EN CONTRATOS CON POSIBLES IMPLICACIONES
PENALES**

Trabajo de Titulación previo a la obtención del título de Magíster En Mediación, Arbitraje Y
Solución De Conflictos

Autor:

Andrés David Molina Boada

Tutor:

Mgs. German Carrera

QUITO – ECUADOR 2025

**AUTORIZACIÓN POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN
PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TRABAJO DE
TITULACIÓN**

Yo, Andrés David Molina Boada, declaro ser autor del Trabajo Titulación con el nombre “LA CLÁUSULA ESCALONADA Y SUS LÍMITES FRENTE AL IUS PUNIENDI DEL ESTADO ECUATORIANO EN CONTRATOS CON POSIBLES IMPLICACIONES PENALES”, como requisito para optar al grado de Maestría en Mediación, Arbitraje y Solución de Conflictos, autorizo al Sistema de Bibliotecas de la Universidad Indoamérica, para que con fines netamente académicos divulgue esta obra a través del Repositorio Digital Institucional (RDI-UTI).

Los usuarios del RDI-UTI podrán consultar el contenido de este trabajo en las redes de información del país y del exterior, con las cuales la Universidad tenga convenios. La Universidad Indoamérica no se hace responsable por el plagio o copia del contenido parcial o total de este trabajo.

Del mismo modo, acepto que los Derechos de Autor, Morales y Patrimoniales, sobre esta obra, serán compartidos entre mi persona y la Universidad Indoamérica, y que no tramitaré la publicación de esta obra en ningún otro medio, sin autorización expresa de la misma. En caso de que exista el potencial de generación de beneficios económicos o patentes, producto de este trabajo, acepto que se deberán firmar convenios específicos adicionales, donde se acuerden los términos de adjudicación de dichos beneficios.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Quito, a los 12 días del mes de marzo de 2026, firmo conforme:

Autor: Andrés David Molina Boada

Firma:

Número de Cédula: 1723795579

Dirección: Av. 10 de agosto y naciones unidas Quito, Ecuador

Correo Electrónico: molinaandres@indoamerica.edu.ec

Teléfono: 0990335045

APROBACIÓN DEL TUTOR

En mi calidad de Tutor del Trabajo de Titulación **“LA CLÁUSULA ESCALONADA Y SUS LÍMITES FRENTE AL IUS PUNIENDI DEL ESTADO ECUATORIANO EN CONTRATOS CON POSIBLES IMPLICACIONES PENALES.”** presentado por Andrés David Molina Boada, para optar por el Título de Maestría en Mediación, Arbitraje y Solución de Conflictos.

CERTIFICO

Que dicho Trabajo de Titulación ha sido revisado en todas sus partes y considero que reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la presentación pública y evaluación por parte los Examinador que se designe.

Quito, 12 de marzo de 2026

Ab. CARRERA PEREZ GERMAN EDUARDO Mg.

DIRECTOR

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD

Quien suscribe, declaro que los contenidos y los resultados obtenidos en el presente Trabajo de Titulación, como requerimiento previo para la obtención del Título de Maestría en Mediación, Arbitraje y Solución de Conflictos, son absolutamente originales, auténticos y personales y de exclusiva responsabilidad legal y académica del autor.

Quito, 12 de marzo de 2026.

Andrés David Molina Boada

C.C.1723795579

AUTOR

APROBACIÓN DE LECTORES

El Trabajo Titulación ha sido revisado, aprobado y autorizada su impresión y empastado, sobre el Tema: “**MÉTODOS ALTERNATIVOS EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y LOS CONFLICTOS INDIVIDUALES DE TRABAJO EN ECUADOR**”, previo a la obtención del Título de Magister en Mediación, Arbitraje y Solución de Conflictos, reúne los requisitos de fondo y forma para que el estudiante pueda presentarse a la sustentación del Trabajo Titulación.

Quito, 12 de marzo de 2026

Ab.Mg. GARZÓN VILLACRÉS IVÁN ARSENIO

PRESIDENTE DE TRIBUNAL

Ab.Mg. BERMÚDEZ SANTANA DIANA MARICELA

EXAMINADOR

Ab.Mg. CARRERA PEREZ GERMAN EDUARDO

DIRECTOR

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a Dios, fuente de fortaleza y sabiduría; a mi familia, por ser mi principal inspiración; y, de manera muy especial, a mi esposa, por convertirse en mi mayor impulso para seguir adelante. Este logro es fruto del amor, el sacrificio y el apoyo que he recibido de ustedes. Por ello, esta meta alcanzada es por ustedes y para ustedes.

AGRADECIMIENTO

A Dios, por acompañarme y darme fuerza en cada etapa de este camino; a mi familia, por su amor, paciencia y apoyo incondicional, incluso en los momentos más difíciles; y a mis docentes y tutores de la Universidad Tecnológica Indoamérica, por compartir sus conocimientos y guiarme con compromiso. Este logro representa no solo una meta académica cumplida, sino también mi renovado compromiso con la justicia, el diálogo y la cultura de paz

ÍNDICE DE CONTENIDOS

PORTADA.....	i
AUTORIZACIÓN POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN	ii
APROBACIÓN DEL TUTOR	iii
DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD.....	iv
APROBACIÓN DE LECTORES	v
DEDICATORIA	vi
AGRADECIMIENTO	vii
RESUMEN	x
ABSTRACT.....	xii
INTRODUCCIÓN	1
METODOLOGÍA	2
DESARROLLO	4
Fundamentos doctrinarios y normativos de la cláusula escalonada.....	4
La cláusula escalonada frente al ius puniendi del Estado ecuatoriano	6
Derecho comparado y tendencias internacionales	10

RESULTADOS Y DISCUSIÓN	12
Reflexiones críticas con respecto a normativas y doctrinales para el Ecuador.....	12
Estudio de casos nacionales	15
Caso de contrato de prestación de servicios con cláusula escalonada y acusación de estafa	15
Caso de accidente de tránsito sin resultado de muerte ni lesiones graves.....	16
Caso de contrato mercantil y posible abuso de confianza.....	16
CONCLUSIONES	18
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	19

UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y ECONÓMICAS
CARRERA DE DERECHO

Tema: La cláusula escalonada y sus límites frente al *ius puniendi* del Estado ecuatoriano en contratos con posibles implicaciones penales

RESUMEN

El artículo científico estudia la cláusula escalonada y sus restricciones en torno al derecho de castigo del Estado ecuatoriano ante la posibilidad de llegar a resultar en penas de prisión. El marco teórico sostiene que la autonomía de la voluntad en materia contractual permite la posibilidad de aplicar cláusulas que establezcan formas alternativas para resolver conflictos, como son la mediación, arbitraje y negociación. Sin embargo, cuando tales pactos contractuales encuentran inversión con comportamientos que pueden llegar a ser constitutivos de delitos como el abuso de confianza o la estafa, el principio del kompetenz-kompetenz, entrará en tensión con el poder punitivo del Estado. El estudio analiza la normativa ecuatoriana, jurisprudencias nacionales e internacionales y doctrina especializada, detectando contradicciones y vacíos normativos que producen inseguridad jurídica en la práctica. También se examina la experiencia de países como Estados Unidos, Argentina, Colombia y España, que han ofrecido criterios para determinar la competencia penal en relación con la solución alternativa y el arbitraje. Se establece que el derecho penal debe comportarse como última ratio, a no ser que se dé una evidencia prima facie de fraude o dolo como lo prohíbe el espíritu del arbitraje, y con ello tratar de evitar sustituir los mecanismos arbitrales debidamente convenidos. Finalmente, se reflexiona sobre reformas a la ley y criterios jurisprudenciales que tienden al propósito de robustecer la eficacia de la cláusula escalonada, al mismo tiempo que se busca asegurar la seguridad jurídica y, proteger la defensa de los intereses públicos y la autonomía privada.

Palabras clave: cláusula escalonada, arbitraje, mediación, ius puniendi, kompetenz.

UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA

FACULTY OF JURISPRUDENCE AND POLITICAL SCIENCE

Master's Degree in Mediation, Arbitration and Conflict Resolution

AUTHOR: MOLINA BOADA ANDRES DAVID

TUTOR: PHD. CARRERA PEREZ GERMAN EDUARDO

THEME

THE LIMITS OF ESCALATION CLAUSES IN RELATION TO THE "IUS PUNIENDI" OF THE ECUADORIAN STATE IN CONTRACTS WITH POTENTIAL CRIMINAL IMPLICATIONS

ABSTRACT

This scientific article examines the escalating clause and its restrictions on the Ecuadorian State's right to punish, particularly in cases where it could result in prison sentences. The theoretical framework argues that the principle of freedom of contract allows for clauses that establish alternative dispute resolution methods, such as mediation, arbitration, and negotiation. However, when such contractual agreements involve conduct that may constitute crimes, such as breach of trust or fraud, the principle of "kompetenz-kompetenz" (the principle of direct action against the State) comes into conflict with the State's punitive power. The study analyzes Ecuadorian legislation, national and international jurisprudence, and specialized legal scholarship, identifying contradictions and regulatory gaps that create legal uncertainty in practice. It also examines the experiences of countries such as the United States, Argentina, Colombia, and Spain, which have offered criteria for determining criminal jurisdiction in relation to alternative dispute resolution and arbitration. The study establishes that criminal law should be used as a last resort, unless there is prima facie evidence of fraud or intent, as prohibited by the spirit of arbitration, thereby seeking to avoid replacing duly agreed-upon arbitration mechanisms. Finally, reflections are made on reforms to the law and jurisprudential criteria that tend to strengthen the effectiveness of the stepped clause, while seeking to ensure legal certainty and protect the defense of public interests and private autonomy.

KEYWORDS: arbitration, escalating clause, ius puniendi, mediation.



INTRODUCCIÓN

Se distingue el progreso del derecho contractual contemporáneo por la búsqueda de métodos aptos, técnicos y efectivos para resolver disputas. En este contexto, la cláusula escalonada, que también es conocida como la cláusula de resolución escalonada de conflictos, ha tomado un rol principal. Su esencia consiste en obligar a las partes a pasar por una serie de fases previas antes de acudir a un tribunal ordinario: la negociación directa, la mediación, el arbitraje y, finalmente, la vía judicial. Esta figura responde a la necesidad de proveer al tráfico jurídico de más flexibilidad, disminuyendo los costos y los plazos procesales, mientras fomenta la autocomposición de las partes. (Carbonneau, 2018).

La Ley de Arbitraje y Mediación de 1997 y las disposiciones constitucionales de la Carta Magna del año 2008, en el Ecuador, le otorgan a la mediación y al arbitraje el estatus de mecanismos alternativos para resolver conflictos (MASC), brindándoles fuerza vinculante y eficacia jurídica. Esto se encuentra enmarcado en una tendencia a nivel global y regional, que da preferencia a la autonomía de la voluntad y a la desjudicialización de los conflictos. No obstante, si en un contrato privado con cláusula escalonada surgen presuntos delitos penales (por ejemplo, apropiación indebida, estafa o falsedad de documentos), se presenta una tensión compleja entre la intención de las partes de solucionar el conflicto en etapas privadas y la obligación del Estado de ejercer el *ius puniendi*, o lo que es lo mismo, su autoridad para investigar, juzgar y penalizar los delitos. (Roxin, 2008).

La discusión principal de este estudio se centra exactamente en esa tensión: ¿es posible que una cláusula escalonada restrinja la aplicación de la acción penal? ¿Es necesario que un fiscal se inhiba de investigar si las partes han acordado previamente recurrir a métodos alternativos? La respuesta incluye la aplicación del principio *kompetenz-kompetenz*, que

establece la competencia del árbitro para determinar su propia competencia. Sin embargo, en lo que respecta al ámbito penal, la competencia del Estado es indelegable porque perseguir delitos es un interés público irrenunciable. (Mir Puig, 2015).

Este conflicto muestra, desde una perspectiva teórica, la colisión entre dos paradigmas: la eficacia de los MASC y la autonomía de la voluntad contractual, por un lado; y, por otro lado, el carácter imperativo del derecho penal como salvaguarda del orden social. El peligro radica en que el uso excesivo de cláusulas escalonadas podría volverse un medio para obstruir la acción penal, ocultando delitos bajo la apariencia de meras disputas contractuales. Por otro lado, el derecho penal puede ser empleado como un instrumento de presión inapropiada en disputas fundamentalmente comerciales o civiles, ignorando el principio de última ratio del derecho penal. (Zaffaroni et al., 2016).

La importancia práctica de esta investigación se respalda en diversos planos. En el campo del derecho, ayuda a definir de manera más precisa el alcance de las cláusulas escalonadas, lo que refuerza la seguridad jurídica y la observancia de la Constitución. En el sector económico, influye sobre la confianza de los comerciantes y los inversores, que requieren certidumbre en cuanto a los procedimientos para resolver las controversias. En el contexto social, responde a la necesidad de una justicia eficaz, sin dejar de lado la obligación del Estado de castigar los crímenes que perjudican al bienestar general.

METODOLOGÍA

La presente investigación se desarrolló bajo un enfoque cualitativo con orientación jurídico-dogmática, complementada por métodos analítico, hermenéutico y comparado. Este enfoque permitió examinar la relación entre la cláusula escalonada y el ius puniendi del Estado ecuatoriano, identificando sus límites, alcances y posibles puntos de armonización en el marco

del ordenamiento jurídico nacional.

El método dogmático-jurídico permitió sistematizar el marco conceptual, normativo y doctrinal sobre la cláusula escalonada y su aplicación dentro del derecho ecuatoriano, en contraste con el poder punitivo del Estado. A través del método analítico, se examinaron las unidades componentes de ambos conceptos, identificando los elementos que determinan sus interacciones y tensiones dentro del ámbito jurídico. Por su parte, el método comparado permitió contrastar cómo distintas legislaciones, tales como las de Estados Unidos, España, Colombia, Argentina y Perú, han abordado esta relación entre los mecanismos alternativos de solución de conflictos y la potestad sancionadora estatal, extrayendo lecciones útiles para el contexto ecuatoriano.

Asimismo, se aplicó un enfoque crítico-propositivo, orientado a formular criterios interpretativos y posibles reformas legales que fortalezcan la coherencia del sistema jurídico. Este enfoque permitió no solo identificar vacíos normativos, sino también plantear alternativas que favorezcan la eficacia de las cláusulas escalonadas sin menoscabar la competencia penal del Estado.

La investigación se sustentó principalmente en fuentes primarias y secundarias. Entre las fuentes primarias se consideraron la Constitución de la República del Ecuador, el Código Orgánico Integral Penal (COIP), especialmente los artículos 584 y 663, y la Ley de Arbitraje y Mediación. Además, se revisaron pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional y la Corte Nacional de Justicia relacionados con arbitraje, mediación, orden público y delitos conciliables. En cuanto a las fuentes secundarias, se incorporó doctrina especializada reciente (2016–2024) sobre arbitraje, mediación penal, autonomía de la voluntad, principio de kompetenz-kompetenz y derecho penal.

El procedimiento metodológico comprendió tres fases: 1. Revisión y análisis normativo y doctrinario, mediante el estudio de la legislación ecuatoriana y de las principales posturas teóricas sobre los MASC y el *ius puniendi*; 2. Comparación internacional, a través del examen de modelos normativos y jurisprudenciales extranjeros que enfrentan la misma tensión entre autonomía contractual y orden público penal y; 3. Elaboración crítica y propositiva, en la cual se plantearon interpretaciones y recomendaciones jurídicas que podrían servir como referencia para operadores de justicia y legisladores.

Finalmente, la investigación reconoce como limitación la ausencia de análisis empírico de casos judiciales a gran escala, dado que su objetivo es fundamentalmente interpretativo y normativo. No obstante, sus resultados constituyen un aporte teórico y práctico al debate sobre la compatibilidad entre los mecanismos alternativos de resolución de conflictos y la potestad punitiva estatal, dentro del marco de la justicia ecuatoriana contemporánea.

DESARROLLO

Fundamentos doctrinarios y normativos de la cláusula escalonada

La idea contemporánea de un juez público como autoridad que tiene la responsabilidad de solucionar disputas es el producto de una evolución en términos jurídicos e históricos. Desde el inicio de las primeras formas de organización social, el ser humano ha procurado medios pacíficos para resolver conflictos, con la intención de mantener la convivencia y el equilibrio en la comunidad. (Naranjo, 2022, p. 157).

Antes de que existieran los tribunales estatales, las disputas se solucionaban con la ayuda de líderes, ancianos o terceros imparciales con legitimidad social; sus decisiones tenían como objetivo prevenir la violencia y preservar la cohesión del grupo. Estas prácticas establecieron las bases de la mediación y el arbitraje actuales, y fueron el punto de partida para el desarrollo

institucional del poder jurisdiccional del Estado.

En el derecho romano, ya se detecta una regulación más delimitada, los arbiters eran personas que se encargaban de dirimir contiendas privadas, y tenían un grado de autoridad que era ya aceptado por las partes. Poco a poco, estos procedimientos han ido conviviendo junto al desarrollo de la jurisdicción ordinaria y han servido de válvula de escape para conflictos de naturaleza privada.

La Ley de Arbitraje y Mediación del año 1997 sentó las bases para el primer desarrollo en el escenario ecuatoriano. Hasta la llegada de esta Ley no había una sistematización de los MASC (mecanismos alternativos de solución de conflictos). Su consolidación tuvo lugar con la Constitución del 98 y, posteriormente, con la Constitución de 2008. Actualmente, el artículo 190 de la Constitución establece que "el arbitraje, la mediación y otros métodos alternativos para la resolución de los conflictos son reconocidos de conformidad a Ley". De resultados de lo cual los MASC forman parte del sistema de justicia y no de meras técnicas auxiliar o paralelas.

Como figura contemporánea, surge precisamente de la necesidad de establecer un itinerario de solución gradual. Esto implica que, previo a recurrir al arbitraje o a la justicia ordinaria, las partes están obligadas a intentar negociaciones directas o mediaciones, lo que muestra una perspectiva de la justicia más colaborativa y preventiva. A juicio de Álvarez (2020), una cláusula escalonada es la estipulación contractual que exige a las partes que antes de presentar una demanda (ante el tribunal o árbitro correspondiente) deben cumplir y seguir obligatoriamente y en su correspondiente orden sucesivo fases previas para la solución de los conflictos. Se trata de una cláusula escalonada con naturaleza híbrida, en primer lugar, porque es una obligación contractual (una obligación de hacer); en segundo lugar, se trata también de una cláusula con efectos procesales porque puede influir en la competencia que tienen los jueces o

los árbitros. En este sentido esto ha sido objeto de discusión en la práctica judicial: ¿qué puede ocurrir si una parte presenta su demanda directamente, bien ante el arbitraje, bien ante la justicia ordinaria, sin pasado las fases previas? Hay dos posiciones:

El principio que lleva la voz competente del árbitro está muy establecido en el derecho arbitral de otras jurisdicciones, y reza que debe ser el árbitro quien determine su propia competencia. Esta es, sin duda, una cuestión muy bienvenida a la hora de discutir sobre la naturaleza obligatoria de las cláusulas escalonadas: por ejemplo, si uno de los actores inicia el arbitraje sin haber agotado la mediación, será el árbitro quien determine si tiene competencia para ello o si la demanda debe considerarse inadmisibile. Algunos tribunales arbitrales del Ecuador han ejercido tal competencia, aunque no existe una jurisprudencia pacífica al respecto. Sin duda es una buena herramienta de los mecanismos alternativos de resolución de los conflictos.

La cláusula escalonada frente al ius puniendi del Estado ecuatoriano

El ius puniendi consiste en la potestad que tiene el Estado para definir cuáles son las conductas que constituyen delitos, imponer penas, iniciar la acción penal a través de la fiscalía general. Es un poder-deber de carácter público que no puede ser renunciado o negociado por los particulares. Esta potestad desde la perspectiva constitucional se encuentra vinculada con el principio de primacía del interés social; esto significa que no es posible que se produzcan acuerdos contractuales previos ni depender de la voluntad de las partes.

En Ecuador, el artículo 195 de la Constitución establece que la Fiscalía es la encargada de dirigir la investigación tanto pre procesal como procesal penal, ejerciendo la acción pública y formulando acusaciones cuando sea necesario. Este mandato deja claro que la potestad punitiva del Estado es irrenunciable, ya que está destinada a asegurar la seguridad jurídica y proteger

bienes jurídicos fundamentales.

Ante esta realidad, cualquier intento de condicionar la acción penal a una cláusula contractual, como las cláusulas escalonadas, inevitablemente choca con el ius puniendi. Así, a pesar de que la autonomía privada se sitúa entre los principios más significativos en el ámbito del derecho de contratos, existen límites también claramente definidos, y uno de ellos lo constituye cuando las partes tratan la contratación de cuestiones de orden público. El dilema entra en juego cuando, en el marco de un contrato que incluya cláusula escalonada en virtud de la cual la parte está obligada a intentar la mediación o el arbitraje antes de instar el pleito, aparecen hechos que pueden ser constitutivos de delito.

El principio kompetenz-kompetenz señala que el tribunal arbitral es competente para decidir sobre su propia competencia o para determinar si tiene o no jurisdicción para conocer una determinada controversia (Caivano & Ríos, 2020, p. 18). El anteriormente indicado principio, recogido en la Ley de Arbitraje y Mediación y en tratados internacionales, es un mecanismo de efectividad del arbitraje y del evitamiento del uso dilatorio que podrían emplear las partes en el arbitraje.

No obstante, la operación y la aplicación de este principio en el ámbito penal existente tienen ciertos inconvenientes. Puesto que el tribunal arbitral no puede sustituir a la jurisdicción penal, en la medida en que la persecución punible no es algo que las partes puedan negociar. Permitir lo contrario, es como si bastara con no dejar de incluir una cláusula escalonada en cualquier contrato para limitar investigaciones penales, lo que equivaldría a un muy grave estrechamiento del Estado de derecho. En el artículo 584 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), la Fiscalía debe iniciar de oficio investigaciones que tengan por objeto hechos que pueda ser delictivos. En tal sentido, la cláusula escalonada no libera a la fiscal del cumplimiento de un

deber constitucional.

La respuesta de la Fiscalía no se configura en función de la voluntad de la víctima por interponer la acción penal, ya que, aunque una parte se muestre proclive a intentar primero la mediación o arbitraje, si median indicios de la presencia de un delito, la Fiscalía deberá intervenir obligatoriamente. La jurisprudencia ecuatoriana no ha emitido hasta la fecha, un criterio general unificado con relación a las cláusulas escalonadas en supuestos que vinculan implicaciones penales. No obstante, sí ha habido pronunciamientos sobre el campo del arbitraje y el orden público.

La Corte Constitucional ha manifestado, de manera reiterada, que el arbitraje es un mecanismo válido constitucionalmente y que, sin embargo, no sirve para tratar o hacer uso en relación a cuestiones que son indisponibles, tales como derechos fundamentales conceptos de relaciones de familia o la materia penal. Por su parte, la Corte Nacional de Justicia, en sentencias vinculadas a delitos económicos, ha indicado que el incumplimiento de la cuestión contractual puede subsumirse en ámbito arbitral, pero cuando se comprueban por los hechos, un engaño dirigido, la competencia permanece exclusiva de la Fiscalía.

El COIP, en su artículo 663, nos ofrece una visión significativa sobre los márgenes y los límites de la conciliación penal. El legislador ecuatoriano se dio cuenta de que no todas las infracciones debían requerir del Estado la misma respuesta, y razonó que, en ciertos casos, la solución del problema podía sintetizarse, no solo en la acción punitiva, sino que podía también dejarse en manos del deseo de las partes.

La combinación de esas disposiciones con las cláusulas escalonadas en contratos es una estación de análisis bastante complicada. En un primer momento, una cláusula que quiera negociar, conciliar o arbitrar una discrepancia que derive en delito no puede producir efectos

sobre infracciones que estén excluidas del artículo 663. El principio de oficialidad y el ius puniendi del Estado vende a la competencia de tal forma que es indisponible: ni la víctima ni el victimario pueden eludir el proceso por el derecho penal.

Ahora bien, una vez que la conducta en cuestión se encuadra en los supuestos conciliables, la cláusula escalonada comienza a adquirir un valor estratégico. Podría servir, incluso, como una especie de mecanismo previo de la gestión del conflicto, una suerte de institucionalización de la negociación previa a la existencia de un procedimiento penal. Imaginemos, por ejemplo, un contrato de prestación de servicios frente al que se sospecha una estafa inferior a los treinta salarios mínimos. Así pues, las partes a intentar previamente la mediación o la conciliación, no aleja a los fiscales, sino que guía a los sujetos a tratar de encontrar una vía alternativa que ya reconoce, incluso, el propio legislador.

En tal virtud, se evidencia uno de los puntos centrales de la investigación: la conciliación en delitos de tipo menor no significa ceder el ius puniendi, sino que demuestra que el Estado se presenta como un ente flexible que persigue alternativas más efectivas y humanas, de ese modo resulta ser un intermedio entre la autonomía de la voluntad y la potestad punitiva, por supuesto, respetando los umbrales normativos definidos por el COIP.

Para poder dar solución a estas tensiones se establece un criterio delimitador:

- **Ámbito contractual:** tiene efectos plenos y hay que cumplirla antes de acudir ante los jueces ordinarios.
- **Ámbito penal no conciliable:** no impide que la investigación sea objeto de la Fiscalía.
- **Ámbito penal conciliable:** es susceptible de tener un efecto preventivo y de facilitar el acuerdo que extinga la acción penal.

De este modo, se pone de manifiesto la utilidad de la cláusula escalonada sin que ello

suponga un desbordamiento del ius puniendi. Se trata, además, de una delimitación que responde también al principio de ultima ratio, que concibe el derecho penal como el último recurso, pero no como el primero en el marco de los conflictos.

Derecho comparado y tendencias internacionales

El derecho comparado se ha convertido en una herramienta esencial para entender fenómenos jurídicos que trascienden fronteras, reflejando tensiones universales entre la autonomía de la voluntad y los intereses colectivos. Un claro ejemplo de esto son las cláusulas escalonadas en contratos que podrían tener implicaciones penales: aquí se presenta el dilema entre el principio de libertad contractual, que permite a las partes crear sus propias soluciones para disputas, y el monopolio estatal del ius puniendi, que no puede ser objeto de acuerdos privados.

Colombia es considerada la primera en América Latina en el arbitraje, de hecho, existe una muy amplia jurisprudencia en su límite. En la práctica, un contrato con cláusula escalonada no detiene a la Fiscalía, tendrá un valor probatorio y práctico: si las partes iniciaron un proceso de mediación o arbitraje, el fiscal puede tener en consideración ello al decidir si se inicia y avanza el caso o si es susceptible de conciliación penal. Constituye una lección: en Colombia es conviviente con la justicia penal, pero nunca la reemplaza.

Perú ha pasado por episodios memorables en que el uso incorrecto del arbitraje en contratos del Estado se ha reconocido a partir del caso Odebrecht. Eso desencadenó un gran debate respecto de si las cláusulas escalonadas son un modo de eludir la justicia penal. La enseñanza que nos brinda el caso de Perú es muy concreta: el arbitraje y la mediación son eficaces en el ámbito civil y comercial, pero ante la existencia de indicios de la comisión de un delito solo debe actuar el Estado. Aun así, la puerta de la conciliación penal permite que ciertas

cláusulas escalonadas sean utilizadas como un camino previo que permita un pacto en el ámbito fiscal.

El caso de España es instructivo ya que, pese a su buena tradición en materia de arbitraje, su postura respecto de la indisponibilidad del proceso penal es bastante restrictiva. En este sentido, puede decirse que España presenta una doble cara: la defensa del ius puniendi es algo muy serio y de gran calado, pero se deja un pequeño espacio de flexibilidad en el caso de delitos menores.

Por otro lado, el sistema francés es un buen ejemplo porque combina la rigidez de un Ministerio Público que tiene la obligación de perseguir delitos con una apertura hacia la justicia restaurativa. Esto crea un matiz importante: aunque el arbitraje no puede interferir en el proceso penal, la mediación sí puede encontrar su lugar dentro del mismo sistema, lo que permite una compatibilidad indirecta con las cláusulas escalonadas.

En Estados Unidos, lo curioso es que el principio de oportunidad fiscal es bastante amplio; muchas veces, los fiscales optan por no llevar a cabo acciones penales si el conflicto ya se ha resuelto en el ámbito civil. Esto pone de manifiesto cómo la presencia de una cláusula escalonada puede tener un impacto indirecto en la práctica penal.

El análisis comparado permite observar cómo distintos sistemas jurídicos han tratado la tensión entre autonomía contractual y potestad punitiva, ofreciendo modelos útiles para el Ecuador

En España el código Penal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, permite que existan acuerdos en delitos de índole patrimonial leves, siempre y cuando exista una reparación del daño. Francia por su parte reconoce a los métodos alternativos a la solución de conflictos, e incluye la mediación, siendo manejado bajo la supervisión del fiscal, sin que esto implique la renuncia del

ius puniendi.

En el Ecuador la normativa vigente permite que se lleve a cabo la mediación en materia de tránsito, y en el ámbito penal se permite la conciliación en delitos menores a cinco años conforme lo establece el art 663. Respecto a los contratos fraudulentos que incluyen una cláusula escalonada, hay muchos casos en los que contratos de adhesión son utilizados para “estafar a personas”, buscando quedar en la impunidad, la falta de objetividad por parte de fiscalía ha permitido que se dé inicio a investigaciones previas, que devienen en costos para el Estado, al ser materia netamente civil, o en casos en los cuales si existen los elementos para configurar un delito, pero al haber existido una cláusula escalonada, buscan desnaturalizar el carácter penal de su conducta, buscando eludir el control del ius puniendi por parte del Estado.

En Argentina, la Corte Suprema ha hecho un pronunciamiento referente a cláusulas de arbitraje y mediación, en la que se establece que la existencia de dicha cláusula no excluye la competencia penal cuando se configuran delitos de estafa o administración fraudulenta. España, Francia y Argentina han alcanzado un equilibrio entre la autonomía contractual y la tutela judicial efectiva, logrando menguar que los contratos sean instrumentalizados como medios de impunidad, Ecuador

En síntesis, el análisis doctrinario, normativo y comparado demuestra que la cláusula escalonada cumple un papel relevante en la resolución pacífica de controversias, siempre que respete los límites del *ius puniendi* y el principio de *ultima ratio* del derecho penal. Su adecuada delimitación fortalece la seguridad jurídica y evita la instrumentalización del proceso penal o del arbitraje con fines contrarios a la justicia

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Reflexiones críticas con respecto a normativas y doctrinales para el Ecuador

Ecuador se encuentra ante un dilema legal que se hace cada vez más evidente: ¿cómo equilibrar el uso creciente de cláusulas escalonadas en contratos civiles y comerciales con el carácter exclusivo e indelegable del *ius puniendi* del Estado? Aunque la autonomía de la voluntad privada es un principio fundamental en el ámbito contractual, no puede invadir el terreno penal, donde el interés público debe prevalecer.

En la práctica, la falta de criterios claros ha vinculado esta singular situación con la confusión reinante: ¿qué pasaría si un contrato con cláusula escalonada es investigado por la posible comisión de un delito de estafa, abuso de confianza o defraudación? ¿debería el fiscal limitarse a no actuar, aplicar criterios de oportunidad, o bien seguir adelante con la investigación ignorando el contrato?

Del análisis se desprende la necesidad de delimitar de manera más clara los delitos conciliables, lo cual podría ser objeto de futuras reformas. El artículo 663 del COIP ya proporciona solución al tema a la hora de contemplar la conciliación en el caso de delitos de acción privada, como el que lleva a cabo el artículo 182, y ciertos delitos patrimoniales que no suponen un daño grave. Una modificación legislativa podría recoger cuáles serían los delitos conciliables (por ejemplo, estafa simple, abuso de confianza, daños materiales, lesiones leves entre otras muchas); y criterios de exclusión (por ejemplo, en caso de afectación masiva, vulnerabilidad de las víctimas o interés público relevante).

Asimismo, sería conveniente que la Corte Nacional de Justicia emita una doctrina vinculante sobre cómo se articulan las cláusulas de los escalones en el proceso penal. Debiera quedar claro que, tener una cláusula de escalones no significa que no se reanuda o suspende automáticamente la competencia penal. Esto es también una contribución a la coherencia del sistema, el *ius puniendi* no se puede renunciar, sino que debe hacerse racionalmente dando

prioridad a las soluciones restaurativas en lugar de castigos innecesarios.

Ecuador todavía no ha implementado plenamente la mediación penal como un modelo diferente de la conciliación. Inspirándose en Francia y en España, podría instaurarse un proceso de mediación penal supervisado por la Fiscalía, asumiendo la facultad para los delitos menores y patrimoniales. Las cláusulas escalonadas podrían tener un papel relevante en esta cuestión. Así, cada vez que se suscite un conflicto, un conflicto que parezca un delito, las partes podrán, en el seno del proceso penal, activar la mediación con efectos jurídicos claros (extinción de la acción penal si se ha respetado el acuerdo), generando así un nexo asistencial entre la autonomía contractual y la justicia penal restaurativa, pero sin que el Estado renuncie a su poder punitivo.

No se puede pasar por alto que las cláusulas escalonadas también pueden ser utilizadas de manera abusiva para retrasar procesos o encubrir delitos. Por eso, es crucial establecer un control judicial y fiscal sobre su uso, asegurando que no se conviertan en herramientas para proteger conductas fraudulentas.

Desde la perspectiva doctrinal es esencial reforzar el principio de última ratio del derecho penal que debe existir en el Ecuador. Si existe la posibilidad de dar solución al conflicto dentro de la esfera civil o la esfera contractual el derecho penal no debería entrar al juego. La cláusula escalonada puede evidenciar con claridad suficiente que las partes no han visto su relación como en esencia de orden penal y eso debería ser una guía para que el fiscal pueda optar por mecanismos alternativos, aunque no todo este tipo de comportamientos se podría considerar como criminalizados. Ahora bien, si el daño no es meramente individual, sino que compromete al interés público es el Estado el que debe accionar sin límite de reproche.

Finalmente, se plantea una reforma puntual al COIP y al COFJ:

1. **En el COIP:** incluir un artículo que reconozca expresamente la validez de las

cláusulas escalonadas en materia penal únicamente respecto a delitos conciliables, como paso previo al acuerdo.

2. **En el COFJ:** facultar a los jueces penales a verificar y homologar acuerdos alcanzados en mediación derivada de cláusulas escalonadas.
3. **En la Ley de Arbitraje y Mediación:** aclarar que el arbitraje no tiene cabida en materia penal, pero que la mediación sí puede coexistir con los delitos conciliables.

Estudio de casos nacionales

Caso de contrato de prestación de servicios con cláusula escalonada y acusación de estafa

Cuando una de las partes incumple lo pactado, la otra parte tiende a acudir directamente a la Fiscalía, alegando que hay un engaño, un perjuicio económico. Así, cuando se recibe la denuncia, el fiscal debe determinar si efectivamente hay un fraude, es decir, si ha habido inducción al error mediante artificios o engaños o simplemente se trata de un incumplimiento contractual.

Aparece así el dilema sobre la competencia de lo civil y comercial: la cláusula escalonada otorga el conocimiento inicial a un centro de mediación o de arbitraje, pero la presentación de una denuncia penal cede el poder punitivo del Estado (*ius puniendi*). En la práctica, muchos fiscales no se inhiben y continúan adelante con la investigación, reconociendo que la conducta podría encajar mejor en una relación civil o mercantil. El principio de kompetenz-kompetenz en teoría protege la competencia arbitral frente a la jurisdicción ordinaria, pero no se ha transportado al ámbito penal con la misma claridad.

El estudio doctrinal plantea que, en estos casos, la Fiscalía sí debería ser moderada, averiguando si el conflicto es, en verdad, delito y lo que deberá hacerse es cumplir la cláusula escalonada; ya que, si existe duda, la vía contractual debería ser la primera a agotarse, dejando

para el final la vía penal.

Caso de accidente de tránsito sin resultado de muerte ni lesiones graves

En esta línea de análisis, la cláusula escalonada que fue pactada en la póliza de seguro o de transporte se vuelve fundamental: muchas pólizas obligan a intentar una mediación antes de presentar la reclamación ante un tribunal civil. Si bien el asunto tiene el carácter de asunto penal, la norma permite la conciliación, lo que significa que el poder punitivo el Estado queda limitado en parte por la autonomía de las partes.

Este supuesto pone de manifiesto de qué forma este sistema admite excepciones al monopolio de la acción penal, pero tal como hemos apuntado la conciliación no se da por sí sola, sino que necesita el consentimiento del fiscal, del juez de garantías penales y de las partes intervinientes. La tensión está presente porque a pesar de que con ello se tiene una cláusula escalonada de la relación contractual, la competencia para decidir sobre la procedencia de la conciliación conforme al sistema vigente corresponde a la autoridad penal.

Este supuesto se presenta, desde la óptica de la política criminal, muy próximo a la justicia restaurativa, ya que el interés social se lleva a cabo cuando las partes acuerdan algo reparador y ello evita la saturación del sistema judicial. Por otro lado, la conciliación en delitos de tránsito, como hemos visto, es un caso palpable de cómo la cláusula escalonada y el ejercicio del poder punitivo se puede llevar a cabo de forma armónica.

Caso de contrato mercantil y posible abuso de confianza

En tales supuestos, se establece lo que puede denominarse una cláusula escalonada, donde se dispone la resolución de cualquier controversia mediante mediación o arbitraje, pero, en contrapartida, el denunciador elige la vía penal con la finalidad de obtener una resolución muy rápida o presionando ante la amenaza de prisión.

La cuestión se encuentra en que el abuso de confianza requiere de una subjetividad apropiativa, lo que le confiere un matiz que no puede ser alcanzado con el simple incumplimiento. De lo contrario, el asunto iría por el camino mercantil remitido, como fijaba el contrato, y aquí el fiscal quien debe decidir si cabe si prosigue la instrucción penal o si se está ante un simple conflicto contractual. En efecto, en la práctica, los fiscales dan trámite a la denuncia y continúan con la instrucción, lo que pone de manifiesto que tienden a "penalizar" conflictos que son en el fondo privados.

El caso da cuenta de hasta qué punto llegan las cláusulas escalonadas, que, si bien intentan garantizar una autonomía de las partes, no impiden -en ocasiones- la activación del sistema penal, ya que el ius puniendi se impone en caso de que no haya claridad en la tipicidad y no se garantice que el conflicto se mueva por la senda civil o arbitral.

Reflexión crítica sobre los casos nacionales

El análisis de los tres supuestos muestra que, aunque la cláusula escalonada puede ser útil, enfrenta ciertas limitaciones estructurales en el ámbito del derecho penal. El Estado no renuncia a su poder punitivo, excepto en los casos que la ley establece de manera clara, como se menciona en el artículo 663 del COIP.

En la esfera de los delitos conciliables, la conexión entre la cláusula escalonada y el ius puniendi se materializa desde un punto de vista práctico: el Estado cede un poco y deja que la autonomía privada tome el camino para el tratamiento del conflicto. Por el contrario, en los delitos graves o cuando el fiscal estimaba que había un interés público en juego, quedando desprovista de eficacia.

Este contraste pone de relieve un conflicto entre dos principios. Por una parte, la autonomía de la voluntad de las partes, interesadas en afrontar sus desavenencias por la vía de la

conciliación y la gradualidad. Por otra, el principio de oficialidad del derecho penal que impone al Estado la obligación de investigar y de sancionar los delitos. La jurisprudencia y las costumbres fiscales en Ecuador muestran que, en la mayoría de las ocasiones, el segundo principio el que prevalece. Sin embargo, la incorporación de cláusulas escalonadas en los contratos que comporten una punibilidad penal tiene una función preventiva: obligar a las partes a tener en cuenta las soluciones alternativas para la resolución del conflicto penal antes de la vía penal.

CONCLUSIONES

1. Incluir en el COIP o en la Ley de Arbitraje y Mediación disposiciones que aclaren cómo interactúan las cláusulas escalonadas con el ámbito penal. Esto ayudaría a establecer criterios claros sobre la inhibición fiscal en situaciones de conflictos que son principalmente contractuales y que no constituyen delitos reales.
2. Emitir directrices precisas que guíen a los fiscales en la distinción entre un incumplimiento de contrato y una conducta que realmente tenga relevancia penal. Estos protocolos son clave para evitar la criminalización innecesaria de disputas privadas.
3. Fomentar la capacitación en arbitraje, mediación y justicia restaurativa para los justiciables, a fin de que puedan aplicar adecuadamente el principio de mínima intervención penal y valorar la importancia de las cláusulas escalonadas. Se debe permitir que las partes puedan proponer cláusulas escalonadas en sus contratos, sobre todo en su ámbito, como una forma preventiva. Para esto, los centros de mediación y arbitraje deberán fortalecer su legitimidad y la confianza del público.
4. La Ley del Consumidor establece una vía administrativa y el procedimiento de contravención penal, procesos validos para aplicar en casos de contratos con cláusulas

abusivas ya que la ley las declara nulas de pleno derecho, una correcta concientización de la existencia de este mecanismo permitiría el descongestionamiento de la vía convencional.

5. La interpretación por parte del agente fiscal, al encontrarse con denuncias en las que el delito nace con la firma de un contrato, deben ser valoradas con apego al principio de mínima intervención penal, principio de objetividad, recordando que la vía penal es de ultima ratio y que resulta necesario valorar el principio de la voluntad previo a calificar una conducta como típica antijurídica y culpable.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Álvarez, J. (2020). La cláusula escalonada en el arbitraje comercial internacional: naturaleza, validez y efectos procesales. *Revista Peruana de Arbitraje*, 1(10), pp. 45–78. Instituto Peruano de Arbitraje.
- Caivano, R. J., & Ríos, N. M. (2020). El Principio Kompetenz-Kompetenz, Revisitado a La Luz De La Ley De Arbitraje Comercial Internacional Argentina. *THĒMIS 77-Revista de Derecho*, pp. 15-34.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/23423/22428>
- Carbommeau, T. (2018). *The Law and Practice of Arbitration. (La ley y la práctica del arbitraje.)* (5ª ed.) Juris Publishing.
- Código Orgánico Integral Penal. (2014, 10 de febrero). Asamblea Nacional del Ecuador. Registro Oficial Suplemento 180. (Reformas incluidas hasta 2021).
- Constitución de la República del Ecuador. (2008, 20 de octubre). Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449.

- Guastini, R. (2017). *Teoría e interpretación de la norma jurídica*. Madrid: Trotta.
- López, J. (2019). “Cláusulas escalonadas y su aplicación en contratos internacionales”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 12(2), 55-78.
- Martínez, A. (2020). *Mecanismos alternativos de solución de conflictos en materia penal*. Legis. Bogotá.
- Mir Puig, S. (2015). *Derecho Penal. Parte General* (10ª ed.). Reppertor.
- Naranjo, P. (2022). Antecedentes históricos de los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos (MASC): aportes desde el Derecho romano. *UNA Rev. Derecho (En Línea)*, 7, p. 157. e-ISSN2539-5343.
<https://repositorio.uniandes.edu.co/server/api/core/bitstreams/c00183be-d5a1-4f3c-8edb-4c68a6e5fa35/content>
- Prieto, G. (2021). “El principio Kompetenz-Kompetenz y la autonomía arbitral”. *Revista Latinoamericana de Arbitraje*, 18(3), 77-102.
- Redenti, E. (2016). *Derecho penal y mediación: límites y posibilidades*. Astrea. Buenos Aires.
- Resolución de Sala Penal sobre conciliación en delitos de tránsito. (2020). Corte Nacional de Justicia. Quito: CNJ.
- Rivera, L. (2022). “El arbitraje penal: debates y límites”. *Revista Chilena de Derecho y Sociedad*, 29(1), 101-129.
- Roxin, C. (2008). *Derecho penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. (2ª ed.). Civitas.
- Sentencia 185/2011. (2011). Tribunal Constitucional Español. Madrid: BOE.
- Sentencia No. 11-18-CN/19. (2018). Corte Constitucional del Ecuador. Quito: Registro Oficial.

Vergara, M. (2018). “Conciliación penal y delitos patrimoniales”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 25(2), 203-226.

Zaffaroni, E; Alagia, A; & Slokar, A. (2016). *Derecho Penal. Parte General* (2ª ed.). Ediar.