

La cláusula escalonada y sus límites frente al ius puniendi del Estado ecuatoriano en contratos con posibles implicaciones penales / The staggered clause and its limits regarding the ius puniendi of the Ecuadorian State in contracts with possible criminal implications

Andrés D. Molina Boada¹, <https://orcid.org/0009-0006-5028-8454>, molinaandres@indoamerica.edu.ec

Germán Eduardo Carrera Pérez², <https://orcid.org/0000-0002-0820-0600>, gcarrera4@indoamerica.edu.ec

^{1,2} Universidad Tecnológica Indoamérica, Ambato, Ecuador.

Resumen

El presente artículo analiza la cláusula escalonada en el contexto del derecho ecuatoriano, examinando específicamente sus restricciones en relación con el derecho de castigo del Estado y la posibilidad de llegar a resultar en penas de prisión. El objetivo consiste en identificar y analizar las contradicciones y vacíos normativos que afectan la aplicación efectiva de la cláusula escalonada en el sistema jurídico ecuatoriano, con el fin de proponer reformas legales y criterios jurisprudenciales que robustezcan su eficacia mientras se protegen los intereses públicos y la autonomía privada. La investigación adoptó un enfoque cualitativo mediante el análisis documental jurídico, examinando la normativa ecuatoriana vigente, la jurisprudencia nacional e internacional, y la doctrina especializada en la materia. Se proponen reformas legales y criterios jurisprudenciales orientados a fortalecer la eficacia de la cláusula escalonada, garantizando simultáneamente la seguridad jurídica, la protección de los intereses públicos y el respeto a la autonomía privada.

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

Abstract

This article analyzes the staggered clause in the context of Ecuadorian law, specifically examining its restrictions in relation to the State's right to punishment and the possibility of resulting in prison sentences. The objective is to identify and analyze the contradictions and regulatory gaps that affect the effective application of the staggered clause in the Ecuadorian legal system, with the aim of proposing legal reforms and jurisprudential criteria that strengthen its effectiveness while protecting public interests and private autonomy. The research adopted a qualitative approach through legal documentary analysis, examining the current Ecuadorian legislation, national and international case law, and specialized doctrine on the subject. Legal reforms and jurisprudential criteria are proposed aimed at strengthening the effectiveness of the stepped clause, while simultaneously ensuring legal certainty, protecting public interests, and respecting private autonomy.

Keywords: stepped clause, arbitration, mediation, ius puniendi, kompetenz



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 (2006) 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, 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.

Materiales y métodos

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 (Cantuarias & Repetto, 2014; Caivano & Ríos, 2020; Ortega, 2019).

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, especialmente los artículos 584 y 663 (2014), y la Ley de Arbitraje y Mediación. Además, se revisaron pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional (2019) 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.

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. Por todo lo antes expuesto, el objetivo consiste en identificar y analizar las contradicciones y vacíos normativos que afectan la aplicación efectiva de la cláusula escalonada en el sistema jurídico



ecuatoriano, con el fin de proponer reformas legales y criterios jurisprudenciales que robustezcan su eficacia mientras se protegen los intereses públicos y la autonomía privada.

Resultados

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 (Naranjo, 2022).

La Ley de Arbitraje y Mediación (2006), 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 de la República (2008) establece que: "se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir"(p.69). Como resultado, 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 Rodríguez (2023), 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 de la República (2008) 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 (2014), 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 (2019) 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 Código Orgánico Integral Penal (2014), 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 (Código Orgánico Integral Penal, 2014). 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 Código Orgánico Integral Penal (2014). 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 (Tribunal Constitucional Español, 2011). 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 (Ortega, 2019).

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 (Tribunal Constitucional Español, 2011). 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* (Ortega, 2019; Robleto, 2021).

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 artículo 663 (Código Orgánico Integral Penal, 2014). 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

Discusión

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 Código Orgánico Integral Penal (2014), 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.

Por otra parte, 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 Código Orgánico Integral Penal (2014), y al Código Orgánico de la Función Judicial (2009):

1. En el Código Orgánico Integral Penal (2014): 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 Código Orgánico de la Función Judicial (2009): 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 del 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 Código Orgánico Integral Penal (2014). 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 es 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. Por todo lo antes expuesto, se propone:



1. Incluir en el Código Orgánico Integral Penal (2014), 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 válidos 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.

Conclusiones

El estudio permite concluir que la cláusula escalonada es un instrumento válido y eficaz para la resolución de conflictos en el ámbito contractual y comercial dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, en consonancia con los principios de autonomía de la voluntad y desjudicialización. Su aplicación promueve una justicia más colaborativa y preventiva, al obligar a las partes a agotar instancias como la negociación y la mediación antes de acudir a la vía judicial o arbitral. No obstante, su eficacia encuentra un límite infranqueable en el ius puniendi del Estado, potestad pública indelegable dirigida a proteger bienes jurídicos esenciales y el interés social. La investigación constata que, ante la potencial comisión de un delito, la existencia de esta cláusula no puede impedir ni condicionar el deber de la Fiscalía de investigar de oficio, conforme al principio de oficialidad que rige la acción penal. Por lo tanto, la cláusula opera con plenitud en la esfera privada, pero se ve desplazada por la jurisdicción penal cuando surgen indicios de un hecho delictivo, garantizando así la primacía del interés público sobre la autonomía privada.

En segundo término, se identifica la necesidad de una delimitación normativa y jurisprudencial más precisa para armonizar esta figura con el poder punitivo del Estado, evitando tanto su uso abusivo para encubrir delitos como la penalización innecesaria de conflictos meramente civiles. El principio de *ultima ratio* del derecho penal exige que la intervención estatal sea el último recurso, privilegiando las soluciones alternativas en aquellos conflictos que, aun teniendo apariencia delictiva, puedan resolverse en la esfera

privada, especialmente en los delitos conciliables previstos en el artículo 663 del Código Orgánico Integral Penal. La experiencia del derecho comparado demuestra que sistemas como el colombiano o el francés han logrado este equilibrio, permitiendo que los acuerdos alcanzados en mediación, incluso derivados de cláusulas escalonadas, tengan un valor dentro del proceso penal bajo supervisión fiscal, sin que ello signifique una renuncia al *ius puniendi*. Así, una correcta aplicación de estos criterios fortalece la seguridad jurídica y la confianza de los operadores económicos.

Se propone la implementación de reformas legales puntuales y la emisión de directrices claras para los operadores de justicia. Sería pertinente incorporar en el Código Orgánico Integral Penal (2014), un precepto que reconozca expresamente la validez de las cláusulas escalonadas como paso previo para la solución de conflictos en delitos conciliables, y modificar la Ley de Arbitraje y Mediación para aclarar la improcedencia del arbitraje en materia penal, pero no de la mediación. Paralelamente, es crucial capacitar a los fiscales para distinguir entre un ilícito penal y un incumplimiento contractual, fomentando el principio de mínima intervención penal. Estas acciones, en conjunto, coadyuvarían a descongestionar el sistema judicial, fomentar la justicia restaurativa y asegurar que la cláusula escalonada cumpla su función sin vulnerar el monopolio estatal de la potestad sancionadora.

Referencias bibliográficas

- Asamblea Nacional de la República de Ecuador. (2006, 14 de diciembre). Ley de Arbitraje y Mediación. Ley de Arbitraje y sus Reformas. Registro Oficial 417. <https://www.registroficial.gob.ec/edicion-especial-no-1079/>
- Asamblea Nacional de la República de Ecuador. (2009, 9 de marzo de). Código Orgánico de la Función Judicial. *Registro Oficial Suplemento*. Última modificación: 22-may.-2015. https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/normativa/codigo_organico_fj.pdf
- Asamblea Nacional de la República de Ecuador. (2008, 20 de octubre). Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/02/Constitucion-de-la-Republica-del-Ecuador_act_ene-2021.pdf
- Asamblea Nacional de la República de Ecuador. (2014, 10 de febrero). Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180. https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2016/05/abr16_CODIGO-ORGANICO-INTEGRAL-PENAL-COIP.pdf
- 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*, 15-34. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/23423/22428>
- Cantuarias Salaverry, F., & Repetto, J. L. (2014). La naturaleza jurídica del arbitraje según el Tribunal Constitucional peruano: Riesgos en el camino. *Forseti*, 2(2), 97-110. <https://doi.org/10.21678/forseti.v2i2.1204>



- Carbonneau, T. (2018). *The Law and Practice of Arbitration. (La ley y la práctica del arbitraje.)* (5ª ed.) Juris Publishing. <https://www.abebooks.com/9781929446568/Law-Practice-Arbitration-Carbonneau-Thomas-192944656X/plp>
- Corte Constitucional del Ecuador. (8 de julio, 2019). Sentencia No. 11-18-CN/19. <https://www.corteconstitucional.gob.ec/extracto-sentencia-n-11-18-cn-matrimonio-igualitario/>
- Mir Puig, S. (2015). Derecho Penal. Parte General (10ª ed.). Reppertor. https://books.google.com/cu/books/about/Derecho_penal.html?id=AGIijwEACAAJ&redir_esc=y
- Naranjo, P. (2022). Antecedentes históricos de los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos (MASC): aportes desde el Derecho romano. *UNA Rev. Derecho*, 7(1), 154-208. <https://una.uniandes.edu.co/images/VOL7NUM1/Naranjo2022.pdf>
- Ortega Giménez, A. (2019). ¿El arbitraje como alternativa a la vía judicial para la resolución de controversias en España? Cap. VIII. En M. E, Cobas Cobiella (Dir). *Mediación, Arbitraje y Conciliación. Una Puesta al día*. (p.170) Valencia, España. Tirant lo Blanch <https://editorial.tirant.com/es/libro/el-arbitraje-como-alternativa-a-la-via-judicial-para-la-resolucion-de-controversias-comerciales-internacionales-en-espana-9788418980374>
- Robleto Arana, C.A. (2021). Cláusula escalonada o multinivel en la resolución alterna de conflictos. *Revista de Derecho*, 30, 3-25. DOI:10.5377/derecho.v1i30.12258
- Rodríguez Uriol, D. A. (2023). Cláusulas escalonadas de solución de controversias: una aproximación a sus principales problemáticas. *IUS ET VERITAS*, (66), 178–193. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202301.012>
- Roxin, C. (2008). *Derecho penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. (2ª ed.). Civitas. <https://studylib.es/doc/9521237/claus-roxin---derecho-penal--p.-g.-----1997>
- Tribunal Constitucional Español. (2011, 21 de diciembre). Sentencia 185/2011. BOE-A-2011-19934. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2011-19934>
- Zaffaroni, E; Alagia, A; & Slokar, A. (2016). *Derecho Penal. Parte General* (2ª ed.). Ediar. <https://docs.google.com/file/d/0ByrhDPsRaQw5Qi03SXo5a0xTSWIIMGQ0b1I3VFoxUQ/edit?resourcekey=0-Cd68yvuNSrMzLZFgJIJCfA>

Síntesis curricular de los autores

Andrés David Molina Boada¹ molinaandres@indoamerica.edu.ec <https://orcid.org/0009-0006-5028-8454> maestrante de la Maestría en Mediación, Arbitraje y Solución de Conflictos, de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas de la Universidad Tecnológica Indoamérica, Ambato, Ecuador.

Germán Eduardo Carrera Pérez² gcarrera4@indoamerica.edu.ec <https://orcid.org/0000-0002-0820-0600> Magíster en Derecho Procesal y Litigación Oral, Magíster en Derecho Procesal Penal, Magister en Derecho Médico. Abogado em libre ejercicio. Investigador en diversas líneas que se enfocan en el Derecho Procesal Penal y el Derecho Médico. Docente de Tiempo Completo de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas de la Universidad Tecnológica Indoamérica, Ambato 180103, Ecuador.

Institución de los autores

Universidad Tecnológica Indoamérica, Ambato, Ecuador.

Declaración de contribución de autoría

Andrés David Molina Boada: Diseñó el aporte y redactó el artículo

Germán Eduardo Carrera Pérez: Diseñó el aporte y redactó el artículo

Conflicto de intereses

Los autores declaran que no existen conflictos de intereses en relación con el artículo presentado

Como citar este artículo

Molina Boada, A. D., & Carrera Pérez, G. E. (2025). La cláusula escalonada y sus límites frente al ius puniendi del Estado ecuatoriano en contratos con posibles implicaciones penales. *Ciencias Holguín*, 31(4), 26-41.

Fecha de envío a revisión: 29 de septiembre

Aprobado para publicar: 30 de octubre

