



EDITORIAL
INDICADORES Y DERECHO*

*EDITORIAL
INDICATORS AND LAW*

BENEDICT KINGSBURY**

PARA CITAR ESTE EDITORIAL / TO CITE THIS EDITORIAL

Kingsbury, Benedict, *Indicadores y derecho*, 25 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 9-16 (2014).

doi: 10.11144/Javeriana.il14-25.inde

* Esta breve nota se basa en el trabajo realizado en conjunto con Kevin E. Davis y Sally Engle Merry para el volumen *The Quiet Power of Indicators: Measuring Governance, Corruption, and Rule of Law* (Kevin E. Davis; Benedict Kingsbury & Sally Engle Merry, eds., Cambridge University Press, Cambridge, 2015).

** Murry and Ida Becker Professor of Law, Universidad de Nueva York. Multi-year visiting Professor of Law, Universidad de Utah.

De manera creciente, los indicadores se utilizan como normas prescriptivas del comportamiento, o se incorporan a conjuntos de ellas. En algunos casos, este uso se realiza para permitir una flexibilidad local de las normas, o para permitir que diferentes entidades reguladas persigan las mismas metas por diferentes caminos. En otros casos, los indicadores son usados de manera más evidente para medir desempeño o cumplimiento. En un conjunto significativo de casos, los indicadores se incorporan en un proceso de evaluación o decisión que ha sido orquestado jurídicamente. A pesar de que los indicadores pueden estar estrechamente conectados con las normas o procesos jurídicos, por lo general no son establecidos o enmarcados como leyes o normas jurídicas. Por el contrario, suelen presentarse simplemente como resúmenes de información útil. Su conceptualización, producción y uso se rige por muy pocos de los requisitos constitucionales o de procedimiento que suelen preverse para la expedición de leyes o de políticas públicas, o aun sin ninguno de estos requisitos. Sin embargo, en muchas situaciones, los indicadores están estrechamente relacionados con el derecho. Este escrito presenta algunas reflexiones sobre la conexión entre los indicadores y las normas jurídicas internacionales o globales.

Antes de abordar la relación entre los indicadores y el derecho internacional o global, puede ser útil reseñar brevemente lo que se ha escrito en un trabajo anterior de Davis, Kingsbury y Merry¹ acerca de la definición de “indicador”. En ese trabajo se ha propuesto que la categoría de “indicador” tiene efectos de *conocimiento* específicos, toda vez que constituye un medio para construir acuerdos y para crear un campo de clasificación y contestación; así mismo, la categoría de “indicador” tiene efectos de *poder*, en la medida en que la conceptualización, producción y uso de los indicadores cambia la naturaleza de la gobernanza y de las interacciones de poder, y pueden en algunos casos cons-

1 Kevin E. Davis, Benedict Kingsbury & Sally Engle Merry, *Indicators as a Technology of Global Governance*, 46 *Law and Society Review*, New York University School of Law, 1, 71-104 (2012). Disponible en: <http://www.nyudri.org/wp-content/uploads/2012/04/indicatorsasatechnologyofglobalgovernance.pdf>

tituir una forma de gobierno. Ese trabajo define “indicador” de la siguiente manera:

Un indicador es una recopilación de datos ordenados de acuerdo a un ranking al cual se le asigna un nombre, y que pretende representar el pasado o el rendimiento previsto de diferentes unidades. Estos datos se generan por medio de un proceso que simplifica la información numérica de un fenómeno social complejo. Los datos, en esta forma simplificada y procesada, son susceptibles de ser utilizados para comparar unidades particulares de análisis (por ejemplo, países, instituciones o corporaciones), en un momento específico o a través del tiempo, y de evaluar su desempeño en función de uno o más estándares².

Esta definición incluye indicadores compuestos o integrados que se calculan agregando y ponderando otros indicadores³. Algunos indicadores son numéricos, algunos cualitativos (la información que producen puede o no traducirse numéricamente), y otros mezclan información cuantitativa y cualitativa.

Tanto los indicadores como el derecho encarnan estándares. Por esta razón, ambos pueden funcionar como una expresión de valores y compromisos políticos. Algunas de las vías por medio de las cuales los indicadores pueden influir en expectativas, categorías sociales, relaciones de estatus, comportamientos e incluso identidades, son similares a aquellas aplicables a los instrumentos jurídicos internacionales. Esto incluye nombrar, señalar, elogiar/culpar, emular, aculturar, cambiar creencias de información o cálculos estratégicos, adaptar comportamientos o identidades, empoderar o redefinir a quienes promulgan indicadores, alterar estructuras externas de poder, alterar la distribución de poder dentro de una entidad, y crear o intensificar redes de contactos. En estos aspectos, los indicadores globales

2 Kevin E. Davis, Benedict Kingsbury & Sally Engle Merry, *Indicators as a Technology of Global Governance*, 46 *Law and Society Review*, New York University School of Law, 1, 71-104 (2012). Disponible en: <http://www.nyudri.org/wp-content/uploads/2012/04/indicatorsasatechnologyofglobalgovernance.pdf>

3 Kevin E. Davis, Benedict Kingsbury & Sally Engle Merry, *Indicators as a Technology of Global Governance*, 46 *Law and Society Review*, New York University School of Law, 1, 71-104, 73-74 (2012). Disponible en: <http://www.nyudri.org/wp-content/uploads/2012/04/indicatorsasatechnologyofglobalgovernance.pdf>

son comparables a las normas jurídicas internacionales. Sin embargo, los indicadores tienen una particularidad: (normalmente) el indicador articula un estándar y, al mismo tiempo, lo aplica. Los costos y beneficios—como incentivos para mejorar el desempeño bajo un indicador— pueden ser mayores o menores que los costos y beneficios correspondientes a los instrumentos jurídicamente vinculantes.

Algunas diferencias significativas entre el derecho y los indicadores en la práctica actual son discernibles en la fase de producción. Estas diferencias pueden reflejar los diferentes actores que están involucrados en la producción del derecho y de los indicadores, respectivamente. Es posible, por ejemplo, que los contadores se inclinen hacia la producción de indicadores mientras que los abogados prefieran generar estándares. Las instituciones internacionales públicas pueden estar más dispuestas a subcontratar actores privados para producir indicadores, que a subcontratar la producción de normas jurídicas, a pesar de que esta tendencia a la “privatización” también es muy evidente en la producción de ciertos tipos de normas jurídicas.

En general, la producción de indicadores parece estar sujeta a menor regulación y restricciones que la producción de estándares jurídicos internacionales de tipo formal. La negociación, adopción y ratificación de los tratados multilaterales es lenta y compleja, y los instrumentos de *soft law*, como las políticas del Banco Mundial o los estándares del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (Basel Committee on Banking Supervision, BCBS), están cada vez más sujetos a procesos de negociación y consulta prolongados antes de su adopción. La participación en estos procesos legislativos es a menudo mucho más amplia y la contestación política mucho más fuerte, que en los procesos de creación y promulgación de un indicador.

Los indicadores globales pueden también resultar más atractivos que las normas del derecho internacional tradicionales en lo que concierne a las diferencias en su alcance y vías de impacto. Los indicadores se utilizan cada vez más en esfuerzos para superar los límites del tradicional “modelo intergubernamental

de Ministerio de Relaciones Exteriores” del derecho internacional, con el fin de regular internacional y directamente a los particulares.

En primer lugar, los indicadores pueden ser utilizados para medir, evaluar y tratar de influir en el comportamiento de las entidades privadas. Esta es una característica central de los esfuerzos para la construcción de regímenes eficaces de responsabilidad corporativa, con la certificación en distintos niveles por el Global Compact de las Naciones Unidas; así como estructuras de reporte de información y auditoría a varios niveles, supervisada por organizaciones como la Global Reporting Initiative (GRI). En segundo lugar, los indicadores pueden ser utilizados para medir y reportar la naturaleza y los niveles de la conducta privada que un régimen jurídico internacional busca frenar o promover. Tercero, los indicadores pueden ser utilizados para evaluar el grado en que un Estado, de hecho, controla con éxito a los actores privados, o para monitorear el nivel de esfuerzo que un Estado está haciendo para regular la conducta privada. Esto puede ser llevado a cabo por organizaciones de monitoreo intergubernamentales, como el Grupo de Acción Financiera Internacional (Financial Action Task Force, FATF/GAFI) (que monitorea la regulación estatal de los bancos y otras entidades financieras para el control del lavado de dinero) y el Comité contra el Terrorismo (UN Counter-Terrorism Committee, CTC), del Consejo de Seguridad de la ONU (que monitorea las medidas estatales contra el terrorismo no estatal), por los gobiernos individuales que supervisan otros gobiernos, o por entidades privadas. En cuarto lugar, los indicadores pueden ser utilizados para ayudar a definir y cuantificar los derechos de un Estado respecto de las personas privadas o de la conducta de los mercados.

Las anteriores observaciones se han centrado en algunas similitudes y diferencias entre los indicadores y las normas jurídicas internacionales o globales. Sin embargo, probablemente las interacciones entre tales normas y los indicadores sean más importantes como objeto de estudio en el futuro. Por ejemplo, los indicadores pueden servir ya sea para promover o socavar

los objetivos del derecho existente. El potencial de complementariedad es especialmente claro cuando los indicadores se incorporan por referencia en una norma jurídica, o se utilizan para ampliar una norma jurídica, explicar su alcance, o dar una especificidad adicional respecto a ella. Por el contrario, los indicadores que crean un estándar que compite con una norma existente, y permite evadirla, pueden crear un entorno jurídico más pluralista y socavar las normas consagradas en el derecho. Desde otro punto de vista, el proyecto Doing Business de la Corporación Financiera Internacional (International Finance Corporation, IFC), del Banco Mundial, trató de hacer esto por medio del Indicador de Contratación de Trabajadores, el cual, al favorecer acuerdos legales nacionales que hacían más fácil despedir a los trabajadores, parecía socavar los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) aplicables. Con el tiempo, este tipo de tensiones entre el derecho y los indicadores pueden crear presión para la reforma de derecho.

Otra forma de examinar las interacciones entre el derecho y los indicadores es preguntar cómo el primero afecta el impacto de los segundos. Una investigación preliminar en Europa Central sugiere que los indicadores de democracia, estado de derecho o buen gobierno tienen una influencia más demostrable cuando un régimen autoritario se debilita o cuando un nuevo régimen democrático ha sido recientemente establecido, en forma muy similar a como los tratados de derechos humanos tienen efectos diferenciales⁴.

En conclusión, se requiere mucha más atención académica y política para evaluar adecuadamente las tendencias actuales y dedicar más atención al derecho en los patrones normativamente deseables o indeseables en las interacciones entre los indicadores y el derecho. Este tipo de investigación podría permitir conjeturas bien fundadas sobre cuestiones como: ¿van a ser los indicadores semejantes al derecho, en términos de su

4 Beth A. Simmons, *Mobilizing for Human Rights: International Law in Domestic Politics* (Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 2009).

influencia y legitimidad percibida? ¿Se asemejará el derecho a los indicadores, con más instrumentos legales que especifiquen sus objetivos en términos numéricos? Construir sobre lo que hemos aprendido respecto a cómo funcionan los indicadores en el proceso de gobernanza jurídica proporciona una base para la investigación de las siguientes fases de la gobernanza basada en datos. En particular, ahora es imprescindible estudiar los efectos —en el conocimiento, el poder, el gobierno y el derecho— de *big data*, la compilación y el análisis integrado de cantidades muy grandes de datos que antes estaban desconectadas para observar patrones, sacar conclusiones y construir categorías que de otro modo serían invisibles.

BIBLIOGRAFÍA

- Davis, Kevin E.; Fisher, Angelina; Kingsbury, Benedict & Merry, Sally Engle, eds., *Governance by Indicators: Global Power through Classification and Rankings* (Oxford University Press, Oxford, 2012).
- Davis, Kevin E.; Kingsbury, Benedict & Merry, Sally Engle, *Indicators as a Technology of Global Governance*, 46 *Law and Society Review*, *New York University School of Law*, 1, 71-104 (2012). Disponible en: <http://www.nyudri.org/wp-content/uploads/2012/04/indicatorsasatechnologyofglobalgovernance.pdf>
- Simmons, Beth A., *Mobilizing for Human Rights: International Law in Domestic Politics* (Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 2009).