

**CASO PRACTICO N° 3: ASUNTO DEL DERECHO DE PASO POR TERRITORIO DE LA INDIA
(Portugal/India)**

a) ¿Que requisitos exige la jurisprudencia internacional para la existencia de una costumbre regional o local?

La sentencia dice que deben ser dos o más Estados (no debe ser necesariamente superior a dos), y se trata de una práctica aceptada por ellos como reguladora de sus relaciones, y además constituye la base de derechos y obligaciones mutuos.

La costumbre internacional requiere 3 elementos: elemento material, elemento espiritual u opinio iuris (básicos) y elemento temporal (menos relevante).

1) Elemento material: debe darse un comportamiento que sea una práctica generalizada a nivel regional o local y que componer un comportamiento jurídico relevante; la generalización no implica que se haga así por todos los estados, sino que esa práctica del Estado sea generalmente aceptada por los Estados locales afectados por ella. Además debe ser uniforme y constante, es decir, debe ser uniforme porque no debe variar en su esencia, por tanto no admite comportamientos contradictorios o discordantes.

2) Elemento espiritual (psicológico u opinio iuris): Esa práctica que he dicho tiene que darse lugar a raíz de la convicción del Estado de estar obrando conforme a derecho, es decir, siguiendo una obligación emanada de una norma de derecho internacional local o regional, que es la costumbre; por tanto debe estar motivada por esa convicción. Este elemento psicológico es necesario para determinar si existe una determinada costumbre, pero da lugar a problemas, porque es difícil determinar cuando se da este elemento espiritual.

3) Elemento temporal: La práctica requiere una cierta duración para que de lugar a una costumbre; sin embargo este periodo no tiene porque ser extremadamente largo, por la modificación de las relaciones internacionales, la agilización de las comunicaciones por los avances tecnológicos y la aceleración de la vida moderna puede resultar que sea un periodo corto de tiempo.

A nivel local se exige que se trata de una costumbre que se ha constituido de tal manera que resulta obligatoria para la otra u otras partes; esa norma obligatoria debe estar de acuerdo con un uso constante y uniforme practicado por alguno de los Estados implicados, y que ese uso confiere un derecho a favor uno o varios Estados.

b) ¿Como se prueba la existencia de una costumbre regional o local?

Para ello se deberá probar que se ha constituido de tal manera que se ha hecho obligatoria para la otra parte, y que esa norma que se invoca esta de acuerdo con un uso uniforme y constante, practicado por un Estado y que es una expresión de un derecho a favor del otro (art 38 del Estatuto del Tribunal). Por esto es por lo que la Jurisprudencia dijo, en el caso del derecho de Asilo (Colombia/Perú), que dichos hechos revelaban tal incertidumbre y contradicción, tanta fluctuación y discrepancia, que se observaba una falta de continuidad, que no era posible discernir un uso uniforme y constante

d) ¿Quién debe probarla?

Siguiendo las normas procesales elementales, el que alega la existencia de un derecho en su favor (en este caso se trataría de una alegación de una costumbre local que concede ciertos derechos en su beneficio)

es quien debe probar su existencia. En el presente caso es Portugal el que reclama un derecho (de paso de sus civiles y militares por India) fundamentado en una costumbre, el que debe probar su existencia.