

**Protección internacional de los derechos de la persona con necesidades especiales:
Análisis del tratamiento constitucional en Brasil y Argentina con la finalidad de
asegurar la calidad de vida y la autodeterminación al individuo***

Proteção internacional dos direitos da pessoa com necessidades especiais: análise do
tratamento constitucional no Brasil e Argentina com a finalidade de assegurar a
qualidade de vida e autodeterminação ao indivíduo

Recebido em:	17/12/2018
Aprovado em:	22/12/2018

Camilo Stangherlim Ferraresi¹
Damián Rodrigo Pizarro²

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto analizar desde el prisma de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad su recepción en los ordenamientos jurídicos de Brasil y Argentina. En un primer momento será delimitada la terminología empleada en el trabajo, o sea, “persona con necesidades especiales”, lo que denota la ampliación del universo de las personas beneficiadas por la Convención, a fin de apartarse del estigma que la expresión “persona con discapacidad” puede significar para el titular del derecho. Para abordar una definición adecuada se requiere la delimitación de los titulares del derecho; por ello, será presentado el tratamiento jurídico de los derechos fundamentales de las personas con necesidades especiales en Brasil y Argentina, y particularmente el deber del Estado de asegurar su inclusión en la sociedad.

Palabras clave: Derechos Humanos. Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Norma constitucional en Brasil y Argentina. Calidad de vida y autodeterminación.

RESUMO: O objetivo deste trabalho é analisar a partir do prisma da Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência sua recepção nos sistemas jurídicos do Brasil e da Argentina. Em primeiro lugar, a terminologia utilizada no trabalho, ou seja, "pessoa com necessidades especiais", será delimitada, dentando a expansão do universo de pessoas que beneficiam da Convenção, a fim de afastar-se do estigma que o termo "pessoa com deficiência" pode significar para o detentor dos direitos. Abordar uma definição adequada requer a delimitação dos titulares de direitos; Portanto, o tratamento jurídico dos direitos fundamentais das pessoas com necessidades especiais no Brasil e na Argentina, e particularmente o dever do estado de garantir a sua inclusão na sociedade.

Palavras-chave: Direitos humanos; Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; Declaração Universal dos Direitos Humanos; Norma constitucional no Brasil e Argentina; Qualidade de vida e autodeterminação.

¹Abogado. Máster en Derecho. Profesor de Grado y Posgrado. Coordinador de Cursos de Derecho en FIB.

²Abogado. Profesor Universitario de Grado y Posgrado. Coordinador Editorial.

*Acceder a la versión en portugués a través de (elDial.com - CC401F).

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto analizar desde el prisma de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad su recepción en los ordenamientos jurídicos de Brasil y Argentina.

En un primer momento será delimitada la terminología empleada en el trabajo, o sea, “persona con necesidades especiales”, lo que denota la ampliación del universo de las personas beneficiadas por la Convención, a fin de apartarse del estigma que la expresión “persona con deficiencia” puede significar para el titular del derecho. Para abordar una definición adecuada se requiere la delimitación de los titulares del derecho; por ello, será presentado el tratamiento jurídico de los derechos fundamentales de las personas con necesidades especiales en Brasil y Argentina, y particularmente el deber del Estado de asegurar su inclusión en la sociedad.

El análisis será especialmente realizado sobre derechos que aseguren a la persona con necesidades especiales calidad de vida y autodeterminación, los cuales sólo serán posibles a partir del apoderamiento y de la adecuación de los espacios de convivencia públicos o privados abiertos a todos.

En ese sentido, importante es la definición del derecho al esparcimiento, así como su utilización en tanto instrumento de transformación social que posibilitará a las personas con necesidades especiales el desenvolvimiento humano, la dignidad y calidad de vida. El derecho al esparcimiento permite al portador de necesidades especiales el desarrollo y ejercicio pleno del derecho a una vida digna, indispensable y tan necesario como los demás derechos sociales, para una cierta y real calidad de vida.

Por otro lado, a partir de la efectividad y eficacia social del derecho al esparcimiento, la inclusión social y la eliminación de barreras sociales, se torna más accesible la participación directa de toda la sociedad en la construcción de un nuevo modelo de sí misma, más inclusiva y que prepara para la convivencia con diferencias.

1 TERMINOLOGÍA ADOPTADA - PERSONA CON NECESIDADES ESPECIALES

La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (OEA), también conocida como la Convención de Guatemala, adoptó la definición de la discapacidad como un impedimento físico, mental o sensorial, ya sea permanente o temporal, que limita la

capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, causada o agravada por el entorno económico y social.

David Luiz Alberto Araujo enseña que lo que define a una persona con discapacidad es la dificultad de relacionarse, de integrar en la sociedad:

Lo que define a una persona con discapacidad no es la falta de un miembro o de visión reducida o audición. Lo que caracteriza a la persona con discapacidad es la dificultad para relacionarse, para integrarse en la sociedad. El grado de dificultad para relacionarse, será para integrarse en la sociedad. El grado de dificultad de integración social define que es o no una discapacidad. (ARAUJO, 2003, p. 23-24).

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Convención de Nueva York), a su vez, ha adoptado la siguiente definición:

Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Curiosamente, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reconoce que la discapacidad es un concepto en evolución que resulta de la interacción de las personas con las barreras causadas por las actitudes y el medio ambiente:

Reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, [...].

Los tratados internacionales y de la doctrina utilizan el término persona con discapacidad. Sin embargo, adoptaremos en este estudio la persona expresión con necesidades especiales. Esto se debe a que a menudo la discapacidad no implica necesariamente una posición débil, sólo una situación transitoria que justifica un tratamiento diferente. El término discapacidad ubica a los individuos en desventaja perenne en comparación con otros, mientras que el término 'necesidades especiales' implica una desventaja apenas circunstancial. (ASSIS; POZZOLI, 2005)

Mediante las declaraciones anteriores y para permitir la máxima efectivización de los derechos humanos, adoptaremos la expresión portadores de necesidades

especiales para definir al individuo o grupo de personas que, en razón de alguna limitación, física o psíquica, temporal o permanente, presente dificultad en la inclusión social y las dificultades que limitan efectivamente el ejercicio de derechos y el pleno disfrute de la vida. (FERRARESI, 2010).

2 PROTECCIÓN INTERNACIONAL

El instrumento jurídico más importante para la protección de las personas con necesidades especiales es la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, aprobados por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006.

Sin embargo, la protección internacional del sistema de derechos humanos han reconocido la necesidad de una protección especial y observancia de los derechos con el fin de garantizar la vida digna, la igualdad material y el empoderamiento de las personas con necesidades especiales.

Los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas reconocen la dignidad de todos los seres humanos como fundamento de la libertad, la justicia y la paz en el mundo.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, aunque no se abordan específicamente los derechos de las personas con necesidades especiales, especialmente por la afirmación de la universalidad, individualidad, interdependencia e interrelación de los derechos humanos, la necesidad de garantizar la protección de todas las personas con necesidades especiales.

También se puede señalar con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (OEA) como instrumentos legales importantes para garantizar el reconocimiento y la realización de los derechos humanos de las personas con necesidades especiales.

La protección de los derechos humanos de las personas con necesidades especiales se justifica a partir de la comprensión de la ética de los derechos humanos, explica Flavia Piovesan:

La ética de los derechos humanos es la ética que ve el otro ser dignos de igual consideración y respeto profundo, dotado con el derecho a desarrollar el potencial humano, de manera libre, autónoma y plena. Se guía por la afirmación ética de la dignidad

y prevenir el sufrimiento humano. (SECRETARÍA NACIONAL DE PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, 2014, p. 09).

Desde esta perspectiva, la persona con necesidades especiales requiere instrumentos jurídicos para garantizar su derecho al desarrollo, plena y autónomamente. Boaventura de Souza Santos señala la necesidad de un enfoque diferente a la igualdad de lograr:

[...] Tenemos el derecho a ser iguales cuando nuestra diferencia nos hace inferiores; y tenemos el derecho a ser diferentes cuando nuestra igualdad nos diferencia. De ahí la necesidad de una igualdad que reconozca las diferencias y una diferencia que no produzca, alimente o reproduzca las desigualdades. (SANTOS, 2003, p. 429-461).

Por lo tanto, los Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo expanden el sistema de protección de derechos humanos y de manera apropiada, buscan efectivizar estos derechos para garantizar a las personas con necesidades especiales, la máxima realización de los derechos humanos fundamentales para alcanzar una vida digna, libre, autónoma y plena.

La protección específica y concreta de los derechos humanos a través de los instrumentos internacionales, integra el sistema especial de protección, en esta perspectiva se ajusta esta convención internacional.

3 BRASIL Y ARGENTINA – JERARQUIA DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Brasil y Argentina son signatarios de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, que muestra una atención especial de los Estados a la protección de los derechos humanos, específicamente, el sistema especial de protección, dada la necesidad de una específica y concreta hacia las personas con necesidades especiales.

La pregunta que surge aquí es: ¿Qué jerarquía tiene la Convención en el ordenamiento jurídico brasileño y el argentino?

La jerarquía de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo es de norma constitucional en Brasil y Argentina. La Constitución de Brasil, en el artículo 5 § 3, dispone que "los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos que han sido aprobados en cada

cámara del Congreso, en dos rondas, por tres quintos de los votos de sus miembros serán equivalentes las enmiendas constitucionales".

La Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad fue el primer tratado internacional de Derechos Humanos adoptado por la forma establecida por el § 3 del art. 5 de la Constitución brasileña y, por lo tanto, entró en el ordenamiento jurídico brasileño con el estado de derecho constitucional. A su vez, Argentina también dio la bienvenida al tratado internacional con rango constitucional. La Ley 26.378 ha internalizado la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo en el ordenamiento jurídico argentino.

4 DERECHOS HUMANOS, CALIDAD DE VIDA Y AUTODETERMINACION

Los Derechos Humanos tienen como objetivo proteger la dignidad humana en todas sus dimensiones. Por lo tanto, garantizar a los individuos la posibilidad y el derecho a desarrollar el potencial humano, libre y autónomamente.

Las personas con discapacidades a menudo necesitan una protección especial y las políticas públicas que les garanticen la posibilidad y el derecho a desarrollar de forma autónoma y libre. Esto se debe a que en la sociedad moderna hay muchas barreras, físicas y sociales, que impiden el ejercicio de la autonomía de estas personas.

Las barreras no solo a los edificios arquitectónicos, sino a todo tipo de dificultades para que la persona con necesidades especiales se le dificulte el ejercicio de los derechos al desarrollo y la autodeterminación, como las barreras programáticas, metodológicas, entre otras. (FERRARESI, 2010).

La efectivización de los derechos humanos permitirá la calidad de vida y la autodeterminación de las personas con necesidades especiales. En relación a la libre determinación, la efectividad del derecho a la accesibilidad es imprescindible, dada la necesidad de eliminar todas las formas de bloqueo, ya sea social o físicas, que permiten la libertad y la autodeterminación.

Desde esta perspectiva, es necesario presentar un concepto de inclusión social, ya que la eliminación de las barreras es un deber del Estado y está directamente relacionada con la garantía de la libre determinación. Romeu Kazumi Sassaki conceptualiza la inclusión social como el proceso por el cual la sociedad se adapta para poder incluir en sus sistemas sociales generales a las personas con necesidades especiales y al mismo tiempo que se preparan para asumir sus roles en la sociedad. (SASSAKI, 2004, p. 41).

Como resultado, la inclusión social es un proceso mediante el cual la sociedad debe prepararse para recibir a las personas con necesidades especiales, la eliminación de barreras físicas y sociales que causan dificultades para la libre determinación y la autonomía. Por otro lado, es necesario que las personas con discapacidad se preparen para asumir roles sociales que elijan.

La inclusión social depende de la realización del derecho a la accesibilidad, comprendida como la condición para el uso, con seguridad y autonomía en su totalidad o asistida, a espacios, mobiliario y equipamiento urbano, los edificios, los servicios de transporte y los dispositivos, sistemas y los medios de comunicación y la información y de la persona con discapacidad o movilidad reducida. (FERRARESI, 2010).

La libre determinación está directamente relacionada con el proceso de inclusión, que a su vez, requiere la realización de la accesibilidad a la persona con necesidades especiales para experimentar las posibilidades de la vida humana, con seguridad y autonomía.

Por otra parte, no hay calidad de vida sin autodeterminación. Para asegurar la autodeterminación es necesaria e indispensable la libertad y legalidad para la existencia de una vida digna. No hay calidad de vida sin la autodeterminación, no hay una buena vida sin la independencia y la libertad.

La eliminación de barreras, físicas y sociales, permite a la persona con discapacidad, el ejercicio de otros derechos humanos fundamentales que garantizan la calidad de vida. Es evidente que para el pleno ejercicio del derecho a la vida digna, con la libre determinación y la calidad, es necesaria la realización de todas las dimensiones fundamentales de derechos humanos.

Sin embargo, en este estudio se pretende demostrar la importancia del derecho al ocio, como una herramienta para garantizar la inclusión social, el desarrollo humano y la calidad de vida.

El derecho al ocio de la persona portadora de necesidades especiales puede ser definida como el derecho a participar en las actividades de esparcimiento (físico, artístico, práctico, intelectual y social), derecho que es socialmente fundamental, es decir, de segunda generación que, vinculado a otras especies de la misma categoría, busca proteger la dignidad de la persona humana y garantizar las libertades individuales, cuyo ejercicio depende de los beneficios positivos estatales y su eficacia asegura la calidad de vida, la inclusión social, la igualdad material y la justicia social. (FERRARESI, 2010).

Se puede destacar, entre muchas funciones del esparcimiento, el desarrollo humano. El ocio permite el desarrollo de características que permiten al hombre convertirse. El ocio permite al ser humano experimentar una serie de sensaciones y el desarrollo de competencias, asegurando el crecimiento personal y social, dada la práctica inclusiva y el fomento de las relaciones sociales, que en sí mismo reduce las barreras sociales y fomenta la tolerancia y la conexión con otros.

El esparcimiento es una excelente herramienta para el desarrollo de la persona con necesidades especiales, en busca de la mejora y logros a través de divertidas actividades que, por una parte, la efectividad de los derechos sociales y la protección de la dignidad humana garantizan, por el otro, permitir el crecimiento y el desarrollo necesarios para llevar a cabo una vida plena. (FERRARESI, 2010).

Para las personas con discapacidad, el esparcimiento puede ser considerado un importante mecanismo de motivación y desarrollo personal con el fin de permitir a través de actividades divertidas su mejora y aprendizaje, lo que garantiza una mayor participación en la sociedad y actuar a fin de permitir cualidades y habilidades que aseguren una mejor calidad de vida, a partir de las actividades más simples para pasar a niveles más complejos. (FERRARESI, 2010).

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reconoce en su art. 30 el derecho al esparcimiento como un derecho humano fundamental:

Artículo 30

Participación en la vida, la cultura, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte.

El derecho al esparcimiento de las personas con discapacidad se incorporó en la legislación brasileña y argentina, con jerarquía de norma constitucional.

La práctica de actividades de esparcimiento favorece la solidaridad y el desarrollo de una visión social más amplia, características muy necesarias para una sociedad inclusiva que entiende y da a conocer y saluda las necesidades especiales, adaptadas a las dificultades y obstáculos que puedan enfrentar.

La realización del derecho al esparcimiento permite el desarrollo humano adecuado de las personas con necesidades especiales, la autodeterminación y la calidad de vida.

CONSIDERACIONES FINALES

Por medio del esparcimiento se pueden trabajar y desarrollar las habilidades y competencias de las personas con capacidades especiales, así como la inclusión social y el ejercicio de la tolerancia de la sociedad, favoreciendo el proceso de inclusión. El ocio practicado, tanto con las necesidades especiales como rompiendo las denominadas barreras permite la inclusión efectiva, desalienando participantes y resaltando la realidad existente, especialmente por el hecho de que la interacción permite que las relaciones de cambio garanticen el establecimiento de una cultura de la convivencia pacífica, respetando los límites del otro.

El ocio proporciona acceso a la cultura, a democratizar y garantizar el acceso a los cambios e innovaciones culturales, que permite mejorar la calidad de vida y el desarrollo personal de las personas con necesidades especiales.

No debemos olvidar que con el reconocimiento de la protección internacional de los derechos de las personas con necesidades especiales, resulta el deber del Estado de garantizar la eliminación de todas formas de barrera para asegurar la efectivización máxima de los derechos humanos fundamentales.

Por lo tanto, el ejercicio de las actividades de esparcimiento ofrece a las personas con necesidades especiales beneficios de todo tipo, que van desde la mejora de su calidad de vida, a través de la interacción entre iguales, hasta la eliminación de barreras y obstáculos sociales para la realización efectiva de la inclusión dentro de una sociedad igualitaria y justa, lo que permite el acceso cada vez más completo a todas las oportunidades y los derechos conquistados por la evolución de la humanidad.

REFERENCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudos Políticos Y Constitucionales, 2002.

ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da pessoa portadora de deficiência*. 3ª ed. São Paulo: CORDE, 2003.

_____. A proteção constitucional da pessoa portadora de deficiência e os obstáculos para efetivação da inclusão social. In: SCAFF, Fernando Facury (org.). *Constitucionalizando direitos: 15 anos de Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ASSIS, Olney Queiroz; POZZOLI, Lafayette. *Pessoa portadora de deficiência: direitos e garantias*. 2ª ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

BACAL, Sarah. **Lazer e o universo dos possíveis**. 2ª ed. São Paulo: Aleph, 2006.

BRANCO, Luciana Temer Castelo; FERRARESI, Camilo Stangherlim; MOREIRA, Roberto Marques. Crimes de preconceito contra a pessoa portadora de deficiência: reflexões sobre a lei nº 7.853/89. In: ARAUJO, Luiz Alberto David; COELHO, Paulo Magalhães da Costa; RAGAZZI, José Luiz *et alli*. **A proteção da pessoa portadora de deficiência**: um instrumento de cidadania. Bauru: EDITE, 2006.

CAMARGO, Luiz O. Lima. **O que é lazer**. 3ª ed. 3ª reimpr. Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Brasiliense, 2006.

DEFICIÊNCIA. Secretária de Direitos Humanos da Presidência da República. **Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Brasília: 2014.

DE MASI, Domenico. **O ócio criativo**. Tradução de Léa Manzi. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

DUMAZEDIER, Joffre. **Sociologia empírica do lazer**. 2ª ed. 2ª reimpr. São Paulo: Perspectiva – SESC, 2004.

FERRARESI, Camilo Stangherlim. **O Direito ao Lazer da Pessoa Portadora de Necessidades Especiais na Constituição Federal**. São Paulo: Porto de Ideias, 2010.

MARCELINO, Nelson Carvalho. **Lazer e humanização**. 3ª ed. Campinas: Papirus, 2000.

_____. **Lazer e cultura popular**. 3ª ed. 2ª reimpr. São Paulo: Perspectiva – SESC, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: estudo comparativo dos sistemas interamericano, europeu e africano**. 5.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento da diferença e da igualdade. In: Reconhecer para Libertar: Os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Inclusão no lazer e turismo**: em busca da qualidade de vida. São Paulo: Áurea, 2003.

_____. **Inclusão**: construindo uma sociedade para todos. 5ª ed. Rio de Janeiro: WVA, 2004.

Esse artigo é publicado sob a licença [Creative Commons Atribuição 4.0](#). Você tem o direito de: *Compartilhar* — copiar e redistribuir o material em qualquer suporte ou formato; *Adaptar* — remixar, transformar, e criar a partir do material para qualquer fim, mesmo que comercial. [Clique aqui](#) e saiba mais sobre essa licença.