

Implicaciones biojurídicas de la fotografía clínica en odontología



Martha Patricia Hernández Valdez,* Antonio Martínez García†

RESUMEN

El cirujano dentista se enfrenta a situaciones que requieren la aplicación de conceptos bioéticos, ya que el acto odontológico se rige por los mismos principios científicos, éticos y legales que el acto médico. Cuando se hace referencia a una imagen tomada al cuerpo de una persona en un tratamiento de odontología, lo primero que hay que tener claro es que está de por medio su derecho a la vida privada, derecho a la intimidad, derecho a la imagen e incluso el derecho a la información. La legislación mexicana prevé que las imágenes fotográficas, audiovisuales o de audio pueden generarse en la atención a la salud, y en caso de que esto suceda, formarán parte del expediente clínico, quedando protegido por su marco legal y el derecho de protección de datos personales en posesión de particulares o de instituciones gubernamentales. Las fotografías contenidas en el expediente clínico del paciente se constituyen por datos personales de carácter sensible. Así se destaca la importancia del consentimiento informado como un poderoso medio para asegurar el reconocimiento de la dignidad de la persona mediante una relación dialógica, además de contribuir a la educación en salud del paciente a través de la responsabilidad frente sus derechos salvaguardados por la doctrina jurídica del país.

Palabras clave: Fotografía, odontología, implicaciones bioéticas, implicaciones jurídicas.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, el cirujano dentista se enfrenta a situaciones que requieren la aplicación de conceptos bioéticos, ya que el acto odontológico se rige por los mismos principios científicos, éticos y legales que el acto médico. Los avances científicos y su aplicación técnica en el ámbito de la odontología han motivado la reflexión bioética de la práctica en esta disciplina.

ABSTRACT

The odontologist faces situations that require the application of bioethical concepts, since this practice is managed by the same scientific, ethical and legal principles as the medical act. About any image taken of the body in orthodontic treatment, it is necessary to understand their right to privacy, right to the image and right to information. Mexican legislation provides that photographic, audiovisual or audio images generated in health care, form part of the clinical record, being protected by the legal framework and the right to data protection in possession of individuals or government institutions. The photographs contained in the patient's clinical record are sensitive personal data; this highlights the importance of informed consent as a powerful implement to ensure the recognition of the dignity through a dialogical relationship, in addition to contributing to patient health education through responsibility for their rights safeguarded by legal doctrine.

Keywords: Photography, odontology, orthodontics, bioethical implications, legal implications.

La falta de aplicación de estos principios y su ausencia en los currículos de las instituciones formadoras de profesionales de la salud bucal ha generado mala práctica o deterioro de la imagen del odontólogo ante la sociedad.¹

Parte de este conocimiento versa sobre la fotografía clínica, que es reconocida como una herramienta indispensable para la práctica odontológica. El odontólogo general puede aprovechar las venta-

* Profesora Investigadora de la Cátedra de Infertilidad «Margarita Lamas de Abad» de la Facultad de Bioética, Universidad Anáhuac México Norte.

† Director General de MAZVA Abogados SA de CV y Catedrático del Centro Educativo de Estudios Superiores SA de CV.



jas de esta nueva tecnología para captar, visualizar, analizar, recortar, duplicar y archivar imágenes con gran facilidad; lo que enriquece el diagnóstico y el seguimiento de los casos clínicos.²

Entonces, se ha determinado que las fotografías son un recurso valioso, sin embargo, las interrogantes que inevitablemente surgen son: ¿Es legal ocupar estas herramientas? ¿Las imágenes captadas con esas cámaras, que uso pueden recibir? ¿A quién le pertenecen esas imágenes?

El presente artículo pretende dar luz sobre estas preguntas, con la finalidad de ilustrar el marco jurídico y bioético con el que cuenta nuestro país sobre este tema.

ELEMENTOS BIOJURÍDICOS DE LA IMAGEN CLÍNICA EN ODONTOLOGÍA

Cuando se hace referencia a una imagen tomada al cuerpo de una persona en un tratamiento de odontología, lo primero que hay que tener claro es que, en ese caso, está de por medio su derecho a la vida privada, derecho a la intimidad, derecho a la imagen e incluso el derecho a la información. En este orden de ideas, conviene primeramente comprender lo que implica cada uno de esos derechos precitados para advertir el significado jurídico y bioético de cada uno de ellos.

En este contexto, si se acude a los artículos 6 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los que respectivamente se dispone como un derecho constitucional, la protección de la información de la vida y los datos personales:

Artículo 06. [...]

- I. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en el ámbito federal, estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público y seguridad nacional, en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad. Los sujetos obligados deberán documentar todo acto que derive del ejercicio de sus facultades, competencias o funciones, la ley determinará los supuestos específicos bajo los cuales procederá la declaración de inexistencia de la información.
- II. La información que se refiere a la vida privada y a los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes.

Artículo 16. [...]

Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de éstos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley.

Es necesario hacer un paréntesis para comentar que los servicios de salud en México son prestados o brindados, tanto por dependencias de la administración pública (Federal y Local) así como también por personas físicas o morales pertenecientes al sector privado. Dicho esto, se debe puntualizar que aunque existen disposiciones normativas que se aplican sin hacer distinción entre la administración pública y el sector privado, particularmente las leyes reglamentarias del artículo 6 de nuestra Carta Magna, entre las que se encuentra la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, le serán aplicables a las personas del sector privado; en contraste, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, le será aplicable exclusivamente a la administración pública federal. Entonces, dependiendo de si la prestación del Servicio de Odontología se otorga por uno u por otro sector, le será aplicable la ley que le corresponda.

Un dato personal hace referencia a toda la información relativa a una persona física identificada o identificable, misma que puede determinarse, directa o indirectamente, mediante un número de identificación, uno o varios elementos específicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, identidad cultural o social.³

Entonces, en la atención de Servicios de Odontología todos los días de una u otra forma se recolecta, graba, extrae, comunica, transfiriere o almacena información de los pacientes que se relaciona con sus datos personales. Por ejemplo, cuando el personal capacitado elabora la historia clínica, se recolecta información de datos personales (nombre, sexo, edad, domicilio y antecedentes de enfermedades orgánicas y/o mentales, entre otros). Incluso en algunos casos, se requiere grabar y almacenar en dispositivos electrónicos algunos de esos datos. Al respecto, una duda constante de todo el personal de salud y las propias instituciones en relación con la disposición que pudieran llegar a realizar sobre la información contenida en el expediente clínico, hace referencia a lo que señala la Norma Oficial Mexicana NOM-004-SSA3-2012, en su apartado 5.4 que indica que el expediente clínico es propiedad de la institución o del prestador de servicios de salud que lo genera. Sin embargo, la información comprendida dentro del expediente clínico pertenece al paciente, dado que esa información está constituida por sus datos personales.

Así es como la propia NOM-004-SSA3-2012 refiere que un aspecto fundamental en esta norma es el reconocimiento de la titularidad del paciente sobre

los datos que proporciona al personal del área de la salud en el momento en que se le solicita, generando entonces que esta información tenga el carácter de confidencial, ratificando y consolidando el principio ético del secreto profesional.

Por tanto, es inconcuso que, aunque el expediente clínico pertenece a la institución o al prestador de servicios de odontología que lo genera, esto no es óbice para que se niegue al paciente el acceso al contenido de la información que integra su expediente clínico, pues como ya quedó patentizado en líneas de arriba, la información comprendida en ese documento pertenece al paciente y no al especialista ni a la institución en la que se generó el documento, porque esa información obviamente está conformada por sus datos personales.⁴

Ahora bien, esta misma Norma Oficial Mexicana señala que el expediente clínico puede estar integrado por documentos escritos, gráficos, imagenológicos, electrónicos, magnéticos, electromagnéticos, ópticos, magneto-ópticos y de otras tecnologías, mediante los cuales se hace constar en diferentes momentos del proceso de la atención en odontología.

Es la propia legislación mexicana la que prevé que las imágenes fotográficas, audiovisuales o de audio pueden generarse en la atención a la salud, y en caso de que esto suceda, formarán parte del expediente clínico, quedando protegido por el marco legal que regula al expediente clínico y el derecho de protección de datos personales en posesión de particulares o de instituciones gubernamentales.

No es poca cosa que la NOM-004-SSA3-2012 reconozca la titularidad del paciente sobre la información que integra el expediente clínico abierto con motivo de su atención médica, pero resulta todavía más relevante que esa Norma Oficial Mexicana considere como confidencial la información comprendida en ese documento, pues particularmente el Código Penal del Estado de México en su capítulo de *Delitos cometidos en el ejercicio de actividades profesionales o técnicas*, a su letra señala:

Artículo 186. Al que, sin justa causa, con perjuicio de alguien y sin consentimiento de quien pueda otorgarlo, revele algún secreto o comunicación reservada que le haya sido confiada o haya recibido con motivo de su empleo, cargo o comisión, se le impondrán de uno a cinco años de prisión y de treinta a cien días de multa.

Se impondrán de dos a siete años de prisión, de cien a quinientos días de multa y la suspensión del derecho de ejercer la profesión, la actividad técnica o desempeñar el cargo de dos a siete años, cuando la revelación punible sea hecha por persona que preste sus servicios profesionales o técnicos o por un servidor público.

De la anterior reproducción del Código Penal del Estado de México, se desprende que la intención del

legislador fue la de proteger la información que se hace del conocimiento a un profesionista o técnico en odontología, cuando ésta (la información) le fue confiada o la hubiere recibido con motivo de su empleo, cargo o comisión. De tal suerte que revelar esa información implica un quebrantamiento al deber ético y jurídico del secreto profesional, pues se vulnera la intimidad del confidente.

Entonces, la interrogante a resolver es si en la práctica clínica de la odontología se puede publicar o divulgar a terceros, alguno o algunos de los datos personales contenidos en el expediente clínico de un paciente. Definitivamente no se puede divulgar a un tercero ningún tipo de información contenida en el expediente clínico de un paciente, aun cuando esa divulgación o publicación se haga con la finalidad de investigación o para cuestiones académicas o de la docencia. Solamente si se cuenta con la autorización de dicho paciente es posible la divulgación, utilización o publicación, so pena de incurrir en responsabilidad ética y legal, para quien lo haga sin contar con la autorización respectiva.

Asimismo, resulta obvio que la información contenida en el expediente clínico del paciente se integra por datos personales de carácter sensible, ya que esa información se constituye por distintas categorías de datos personales, tal y como los son los datos de identidad corpórea, los datos sobre la vida sexual, los datos de salud general o incluso por datos de ideología o creencias religiosas. En términos del artículo 03, Fracción VI, de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, se define el carácter de la información sensible a efecto de sancionar un mal uso que podría dar origen a la deliberada identificación del paciente revelando datos sobre su salud, tales como su diagnóstico y tratamiento que podrían terminar incluso en situaciones de discriminación.

En el caso en particular de las fotografías que forman parte de la información del paciente contenida dentro del expediente clínico en odontología, no sólo son un dato personal de carácter sensible, sino que además éstas se encuentran estrechamente relacionadas con el derecho de la imagen y la privada del paciente. Para estar en aptitud de vislumbrar la protección que la ley le otorga a la imagen de una persona, es necesario acudir a la Ley Federal de Derechos de Autor que a su letra dice:

Artículo 87. El retrato de una persona sólo puede ser usado o publicado, con su consentimiento expreso, o bien con el de sus representantes o los titulares de los derechos correspondientes. La autorización de usar o publicar el retrato podrá revocarse por quien la otorgó quien, en su caso, responderá por los daños y perjuicios que pudiera ocasionar dicha revocación.

Cuando a cambio de una remuneración, una persona se dejare retratar, se presume que ha otor-

gado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior y no tendrá derecho a revocarlo, siempre que se utilice en los términos y para los fines pactados.

No cabe duda alguna que el derecho de imagen se relaciona con la autonomía de una persona para decidir libremente cómo quiere mostrarse frente a terceros (su «aparición física»); lo que además de todo, se encuentra estrechamente relacionada con la dignidad humana, la cual es considerada por el Poder Judicial de la Federación como un derecho fundamental y no como una mera declaración ética.

En cuanto a determinaciones internacionales relacionadas con este hecho, en el caso *Fontevicchia y D'Amico versus Argentina* la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CrIDH) concluyó que: «... la fotografía es una forma de expresión que recae en el ámbito de protección del artículo 13 de la Convención (...) por ello, su protección cobra importancia en tiempos donde los medios de comunicación audiovisual predominan, por lo que el contenido de información personal e íntima que pueden tener las imágenes es potencial para afectar la vida privada de una persona es muy alto».⁵

Resulta, entonces, innegable que las fotografías de un paciente (obren o no dentro del expediente clínico) están protegidas por el derecho de privacidad y de imagen. Por lo tanto, esas fotografías no podrán ser divulgadas, publicadas ni reveladas a terceros, sin causa justificada y sin el consentimiento expreso del paciente, siendo una prerrogativa a favor del paciente el derecho a la intimidad y a su propia imagen, así como a la identidad personal.

No es posible negar que se acostumbra por los odontólogos y por algunos otros profesionistas de la salud, documentar el expediente clínico con un registro fotográfico o audiovisual del paciente. En muchas ocasiones, de manera ilegal, estos profesionistas divulgan, comparten o revelan esas imágenes con un tercero, sin contar previamente con el consentimiento del paciente y sin que medie causa justificada para ello. Esta situación u otras análogas no solamente vulneran la confidencialidad que existe entre ese médico y su paciente, sino que además de todo, violentan en su perjuicio el derecho a su vida privada, su intimidad y su propia imagen (todos estos derechos se enlazan con los atributos de la personalidad, por ende, son intrínsecos al sujeto quien no puede vivir sin ellos).

En consecuencia, si se divulgan, comparten o translimiten esos registros fotográficos o audiovisuales del paciente ¿se podría sancionar a la persona que lo haga? Anteriormente, se determinó que la Norma Oficial Mexicana del expediente clínico califica con el carácter de confidencial a la información contenida dentro éste. De la misma forma, en el caso del Estado de México se tipifica como un delito cometido en el ejercicio de las actividades profesionales o técnicas, el hecho de que alguien, sin causa jus-

tificada y sin contar con el consentimiento de quien deba otorgarlo, revele algún secreto o comunicación reservada que le hubiere sido confiada o la hubiera recibido con motivo de su empleo, cargo o comisión. Así pues, evidentemente podrá ser sancionada legalmente aquella persona que transmita o divulgue fotografías que formen parte del expediente clínico en el campo de la odontología, sin el consentimiento del titular de dicha imagen.

Conviene hacer una breve pausa para no generar confusión sobre lo que implica el artículo 186 del Código Penal del Estado de México; esta normatividad textualmente contiene la frase «*al que sin justa causa y sin consentimiento de quien pueda otorgarlo, revele algún secreto o comunicación reservada*».

Así pues, cuando particularmente estamos en un tratamiento de odontología, no hay que perder de vista que se debe analizar todo el contexto que lo rodea, pues en las actuaciones entre los profesionistas de la salud se transmite y comunica de manera constante la información contenida dentro del expediente clínico de un paciente, a efecto de brindarle la atención necesaria. Sin embargo, esa divulgación o transmisión de información que acontece entre el personal de salud, cuya finalidad persigue la atención del paciente, se encuentra justificada para no ser considerada como una revelación ilegal de información, toda vez que esta comunicación es, en primera instancia, parte de la atención, en la cual en muchas ocasiones, necesita de la intervención de diversas especialistas, quienes deben conocer y estar al tanto de la información necesaria para así estar en aptitud de brindarle una atención oportuna.

Aunado a lo anterior, el uso de la fotografía requiere una relación médico-paciente abierta, empática y con un enfoque desde el punto de vista de las preocupaciones del paciente con respecto al uso de la fotografía. Además, las fotografías mejoran la comunicación con los pacientes y los laboratorios; permiten ser instrumentos legales; facilitan el mercadeo y la promoción de nuevos tratamientos dentales.

Entonces, para que podamos hablar una causa justificada cuando se revela o se divulga la información de un paciente en el campo de la odontología, existen varios requisitos que deben estar presentes a saber:⁶

- I. La información comunicada o divulgada tiene que ser revelada por fines terapéuticos odontológicas.
- II. La información comunicada o divulgada se tuvo que haber revelado con motivo de la atención del paciente.
- III. La información comunicada o divulgada la tuvo que haber revelado el personal que está realizando la atención en salud bucal (puede ser o no, el odontólogo) a otro miembro del personal de salud, con motivo de la atención que se le pretende otorgar al paciente.

Por último, cabe resaltar que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN) al resolver el Amparo directo 24/2016, señaló que la violación al derecho a la propia imagen no da lugar a la reparación del daño moral, pero sí a la indemnización por el daño material, existiendo entonces un acto punitivo que subraya el imperativo ético de cumplir con la normatividad establecida por parte del personal de la salud bucal.

CONCLUSIONES

Lo señalado con anterioridad, destaca la importancia del consentimiento informado como un poderoso medio para asegurar el reconocimiento de la dignidad de la persona mediante una relación dialógica, además de contribuir a la educación en salud del paciente a través de la responsabilidad frente sus derechos salvaguardados por la doctrina jurídica del país.

Desde luego, la fotografía en el ámbito de la odontología sí está justificada siempre y cuando sea realizada para beneficio directo de la persona a quien fue tomada o con fines docentes o de divulgación, manteniendo los imperativos éticos y legales en primer lugar. Además, debe prestarse especial atención a la encriptación o codificación de las fotografías para imposibilitar el acceso a usuarios no autorizados y su difusión mediante foros profesionales y redes sociales.

Asimismo, es necesario reevaluar periódicamente la información que se ha facilitado para la

obtención de fotografías en el campo de la odontología y sus especialidades, cumpliendo siempre con la obligación de informar adecuadamente a los pacientes, dado que la legislación se actualiza de forma periódica y la tecnología y la imagen evolucionan continuamente.⁷

BIBLIOGRAFÍA

1. Acosta-Quiroz J, Iglesias Osos S. Ética en fotografía médica ¿incumplimiento o desconocimiento? *Rev Exp Med*, 2019; 5 (3): 148-149.
2. Ugalde MFJ. La imagen digital aplicada a la clínica de ortodoncia, *Rev ADM*, 2005; 62 (6): 230-239.
3. *El ABC de los datos personales*. Disponible en: https://www.infoem.org.mx/doc/publicaciones/ABC_Datos.pdf.
4. Triana EJ. La ética: un problema para el odontólogo, *Acta Bioeth*, 2006; 12 (1): 75-80.
5. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ficha Técnica *Fontevecchia y D'amico vs Argentina*. Disponible en: https://corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=191&lang=en.
6. Antomás J, Huarte del Barrio S. Confidencialidad e historia clínica: consideraciones ético-legales, *An Sist Sanit Navar*, 2011; 34 (1): 73-82.
7. García-Rillo A. Consentimiento informado: aspectos éticos y legislación en la odontología, *Rev Hum Med*, 2013; 13 (2): 393-411.

Correspondencia:

Martha Patricia Hernández Valdez

E-mail: martha.hernandez@anahuac.mx